Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht und nach dem Vorentwurf.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Mandel

aus Bad Dürkheim

Rechtspraktikant am kgl. Landgericht München II.

Approbiert am 7. März 1912.

1912

München und Berlin.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

275

Referent: Univ.-Professor Dr. Ph. Allfeld.

Druck: Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht.

Erster Abschnitt.

Scheinbare äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch.

§ 1. Das Vorhandensein einer Strafdrohung im Ausland in § 4 Nr. 3 StGB. 6

§ 2. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit in den §§ 102 und 103 StGB. 12

§ 3. Die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache in § 186 StGB. 19

Zweiter Abschnitt.

Äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch.

§ 4. Allgemeines 27

§ 5. Das Stattfinden des Zweikampfs in § 210 StGB. . . 30

§ 6. Die Tatsache der erfolgten Tötung oder schweren Körperverletzung in § 227 Abs. 1 StGB. 37

§ 7. Die Tatsache des begangenen Hauptdelikts in § 139 StGB. 45

Anhang 52

§ 8. Das Wesen der sogenannten äußeren Bedingung der Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch 58

Zweiter Teil.

Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit nach dem Vorentwurf.

§ 9. Allgemeines 69

§ 10. Scheinbare äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Vorentwurf 71

§ 11. Äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Vorentwurf . 74

§ 12. Der Vorentwurf und die äußere Bedingung der Strafbarkeit. 80

Literaturverzeichnis.

Die Bezeichnung in ( ) bedeutet die in der Arbeit verwendete Abkürzung.

Begründung zum Vorentwurf (VE.) zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Begr.) 1909.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906 (Verbrechen).
Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede 1909.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Bd. 2 Aufl. 1890; 2. Bd. 1877 (Normen).

— Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. 1885 (Handb.).

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. 1. Bd. 2. Aufl. 1902; 2. Bd. 1. Abteilung 2. Aufl. 1904; 2. Abteilung 1905. (Lehrb.).

— Das bedingte Verbrechen im Gerichtssaal 68, 1 ff.

Blume, Tatbestandskomplemente 1906 (Blume).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (E.).

Eßlinger, Das Schuldmoment bei der üblen Nachrede. Diss. Würzburg 1905.

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd. 1904 (Lehrb.).

— Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit in Goltdammers Archiv (GoltdArch.). 50, 33 ff.

Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8.—10. Aufl. 1911.

Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht I 1881; II 1884—1887.

von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1911 (Lehrb.).

Meyer, Hugo, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Neubearbeitet von Allfeld. 7. Aufl. 1912 (Meyer-Allfeld).

Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 1. Bd. 1909; 2. Bd. 1910 (Olshausen).

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (R.).

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des norddeutschen Bundes I. Legislaturperiode, Session 1870, 3. Bd. S. 3—122. Motive zum Strafgesetzbuch.

Einleitung.

Bedingungen der Strafbarkeit gibt es mehrfach. Auch diejenigen Erfordernisse gehören zu ihnen, welche das strafrechtliche Prinzip, daß nicht die Tat, sondern der Täter wegen der Tat bestraft wird, zu Rechtsgarantien erhoben hat. Es sind dies die Bedingungen, daß der Täter eine Handlung oder Unterlassung begangen hat, für die im Gesetze ein Tatbestand formuliert ist, ferner die Bedingungen, daß die tatbestandmäßige Handlung oder Unterlassung rechtswidrig, daß sie schuldhaft ist und daß auf die tatbestandliche rechtswidrige und schuldhafte Handlung oder Unterlassung eine Strafdrohung paßt.[1]) Diese Erfordernisse sind nötig zur Erzeugung eines jeden Deliktes, ihr Zusammentreffen kann aber auch ausreichen zur Erzeugung von strafbaren Delikten, d. h. von Verbrechen. Mit der Bezeichnung äußere Bedingungen der Strafbarkeit werden diese Erfordernisse nicht betroffen. Es gibt aber Fälle, wo der Übergang vom Delikt zum Verbrechen noch an eine weitere Bedingung geknüpft ist. Da diese letzte Bedingung nicht bei allen Verbrechen eine notwendige ist, hat sie im Strafgesetzbuch ihren Sitz dort, wo Tatbestand und Strafdrohung ihn haben, in den einzelnen Strafgesetzen des besonderen Teils. Ein Strafgesetz kann daher, wo die Voraussetzungen des Deliktes zugleich zur Verbrechensentstehung ausreichen, aus Tatbestand und Strafdrohung bestehen. Der Tatbestand enthält das scharf umrissene Verbrechensbild,[2]) die Strafdrohung die auf die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung angedrohte Strafe. Wo aber im einzelnen Fall zu den Deliktsbedingungen noch eine letzte Bedingung zum Verbrechen erfordert wird, reichen Tatbestand und Strafdrohung zur Bildung des Strafgesetzes nicht aus, die Bedingung tritt zu den beiden sonst hinreichenden Gesetzesbestandteilen noch hinzu. Sie

[1]) Vgl. Beling, Verbrechen S. 7, ferner §§ 3—7 inkl.

[2]) Beling, Verbrechen S. 21 ff.

bewirkt dann, daß für die schuldhaft rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes, dem sie zugesellt ist, die Strafdrohung nur bei ihrem Vorliegen in Anwendung kommt. Sie bedingt nicht nur das Verbrechen, sondern in erster Linie die Anwendung der Strafdrohung. Wo die Bedingung in positiver Fassung dahin lautet, daß beim Vorliegen oder beim Eintritt eines bestimmten Umstandes Strafe eintreten solle, wird sie öfters von Literatur und Rechtsprechung als äußere oder objektive Bedingung der Strafbarkeit bezeichnet.

Über das Wesen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit und über die Frage, in welchen einzelnen Fällen sie vorkommt, ist eine Übereinstimmung nicht erzielt worden.

I. Von den Lehrbüchern sind es v. Liszt und Meyer-Allfeld, die eine größere Zahl der sogen. äußeren Bedingungen der Strafbarkeit kennen. v. Liszt[1]) führt aus: „In einer Reihe von Fällen hat der Gesetzgeber den Eintritt der Strafdrohung abhängig gemacht von dem Vorliegen äußerer, von der Straftat selbst unabhängiger, zu ihr hinzutretender Umstände. So ist die Strafbarkeit feindlicher Handlungen gegen befreundete Staaten bedingt durch die Verbürgung der Gegenseitigkeit (§§ 102 und 103); unterlassene Anzeige eines bevorstehenden Verbrechens unterliegt der Strafe des § 139 nur dann, wenn das Verbrechen oder dessen strafbarer Versuch begangen worden ist; Aufreizung zum Zweikampf fällt unter § 210 nur, falls der Zweikampf stattgefunden hat; zur Strafbarkeit des Raufhandels ist erforderlich, daß durch ihn der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist (§ 227); die Zahlungseinstellung ist Bedingung der Strafbarkeit beim Bankbruch (KO. § 239 ff.); der Ehebruch ist nur strafbar, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist (§ 172); die Strafbarkeit des Ehebetruges ist bedingt durch die Auflösung der Ehe (§ 170)". An anderer Stelle[2]) wird auch die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache als äußere Bedingung der Strafbarkeit erklärt.

Meyer-Allfeld[3]) erkennt die Ehescheidung und die Eheauflösung als Bedingungen der Strafbarkeit des Ehebruchs bzw.

[1]) v. Liszt, Lehrb. § 44 III S. 196 ff.
[2]) v. Liszt, Lehrb. S. 348.
[3]) S. 266 u. 267.

des Ehebetrugs nicht an, fügt aber den übrigen von ihm anerkannten Strafbarkeitsbedingungen von Liszts noch die Begehung im Inland bei Übertretungen (§ 6) und das Vorhandensein einer Strafdrohung im Ausland (§ 4 Nr. 3) hinzu.

In beiden Lehrbüchern finden die angeführten Bedingungen der Strafbarkeit eine unterschiedlose Behandlung. Beide erklären als das wesentliche Merkmal, daß diese Bedingungen ganz außerhalb des Tatbestandes liegen, daß sie daher von der Schuld nicht umfaßt zu sein brauchen und daß die Handlung, wenn und solange die Bedingung nicht eingetreten ist, in keiner Hinsicht als eine strafbare erscheint. Aus der Eigenschaft der Bedingung den Strafanspruch entstehen zu lassen und aus der Tatsache, daß die Bedingung der Vollendung des Deliktes nachfolgen kann, werden Folgerungen gezogen für die Begehung der Handlung selbst, für die Teilnahme und für die Begünstigung.[1])

Beling kennt die in Frage stehenden Erscheinungen in der Zusammenfassung mit noch anderen als Strafdrohungsbedingungen.[2]) Die Strafdrohungsbedingung ist ihm Verbrechensmerkmal wie die Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit der Handlung und die passende Strafdrohung. „Die Strafdrohungen ergreifen die Taten, auf die sie passen, nur bei Gegebensein einer nicht unerheblichen Zahl von weiteren Bedingungen."[3]) Die äußeren Bedingungen der Strafbarkeit würden nach der Einteilung Belings zu den relativen Strafdrohungsbedingungen gehören, da sie „nur für bestimmte Gruppen von Strafdrohungen oder sogar nur für ganz spezielle Strafdrohungen vorhanden sind".[4]) Die Strafdrohungsbedingungen sind tatbestandsfremd und werden von der Schuld nicht umfaßt.

II. Gegenüber dieser unterschiedlosen Behandlung aller dieser besonderen Umstände, an welche die Strafbarkeit einer deliktischen Handlung geknüpft ist, wird von anderen Schriftstellern eine Auswahl nach einem bestimmten Gesichtspunkte getroffen: nach der dem besonderen strafbegründenden Umstande gegebenen Möglichkeit, Bedeutung für die Schuld und die Verursachung zu gewinnen. Da-

[1]) Näheres s. v. Liszt, Lehrb. S. 197 u. 198, Meyer-Allfeld S. 267.
[2]) Beling, Verbrechen § 8 S. 51 ff.
[3]) Beling, Verbrechen S. 51.
[4]) Beling, Verbrechen S. 55.

nach werden die von den unter I. erwähnten Schriftstellern gleichmäßig behandelten Voraussetzungen der Bestrafung in zwei Gruppen geschieden. Der ersten Gruppe werden die den §§ 4 Nr. 3, 102 und 103 angehörenden Strafvoraussetzungen zugeteilt, der zweiten Gruppe die der §§ 139, 210, 227. Der zweiten Gruppe eigentümlich ist, daß sie einen möglichen Erfolg der deliktischen Handlung als Erfordernis von deren Strafbarkeit enthält.

Binding hat in den Normen[1]) in den besonderen strafbegründenden Umständen der §§ 4 Nr. 3, 102 und 103 zweite Bedingungen des materiellen Strafrechts erblickt, die schon zur Zeit des Delikts bestanden haben müssen; und im Handbuch[2]) hat er diese doppelt bedingten Strafrechte von den Voraussetzungen der §§ 139, 210, 227 geschieden. Über den in den strafbegründenden Umständen der zweiten Gruppe möglicherweise liegenden Erfolg des Delikts sagt er: „Im Strafgesetzbuche findet sich öfter, daß Ereignisse als das Strafrecht mitbegründend genannt sind, welche nach Lage der Sache mögliche, ja nicht unwahrscheinlich wirkliche Folgen der verbrecherischen Handlung sind, ohne daß das Gesetz die meist äußerst schwer beweisbare Ursächlichkeit dieser für jene erforderte." Er präsumiert damit Kausalzusammenhang zwischen der tatbestandlichen Handlung und dem in dem strafmitbegründenden Ereignis steckenden Erfolg und zwar präsumiert er unwiderleglich.[3]) Die Schuld endlich erstreckt sich auf das Ereignis wenigstens als Fahrlässigkeit.[4]) Die außertatbestandliche Natur der Strafvoraussetzungen der zweiten Gruppe wird damit von Binding verneint.

Finger[5]) faßt die Strafbarkeitserfordernisse der §§ 4 Nr. 3, 102 und 103 ebenfalls zu einer Gruppe zusammen und erkennt sie als äußere Bedingungen der Strafbarkeit, die nicht zu den Tatbestandselementen gehören, an.[6]) Damit folgt er im wesentlichen der von den Schriftstellern unter I. vertretenen Anschauung. Die Bedingungen der §§ 139, 210, 227 dagegen bezeichnet Finger als

[1]) Bd. I S. 234 ff.

[2]) Binding, Handb. S. 588 ff.

[3]) Binding, Handb. S. 590, 591. Zur zweiten Gruppe gehören noch die Voraussetzungen einer erhöhten Strafbarkeit in den §§ 87, 2 u. 154 Abs. 2, vgl. ferner Lehrb. 2. Bd. S. 682.

[4]) Binding, Handb. S. 591, ferner Handb. S. 366, Lehrb. Bd. 1 S. 18, 28.

[5]) Goltd. Arch. 50 S. 43 ff., Lehrb. S. 119 ff.

[6]) Goltd. Arch. 50 S. 53.

symptomatische Tatbestandsmerkmale, weil sie gesetzliche Symptome für die Intensität und Wirksamkeit der Handlung seien. Das symptomatische Tatbestandsmerkmal ist aber Tatbestandselement und das gesetzliche Symptom hat eine Bedeutung für die Schuld.[1]) Damit ist die tatbestandsfremde Natur dieser Bedingungen geleugnet.

Blume erkennt die von Binding und Finger vorgenommene Trennung in zwei Gruppen an. Er hält die Voraussetzungen der §§ 4 Nr. 3, 102 und 103 für äußere Bedingungen der Strafbarkeit. Die von Finger gebrauchte Bezeichnung symptomatisches Tatbestandsmerkmal ersetzt er durch die Bezeichnung Tatbestandskomplement, da er den besonderen Umstand nicht für ein Tatbestandsmerkmal hält, sondern für ein tatbestandvervollständigendes Element.[2]) Das Tatbestandskomplement enthält aber nach Blume eine widerlegbare Präsumtion des Erfolges.[3]) Für die Annahme einer tatbestandsfremden Natur der strafbegründenden Umstände der zweiten Gruppe darf die Blumesche Ansicht angeführt werden. Durch die Annahme der widerlegbaren Ursachenpräsumtion entzieht er aber die nicht kausal gewordene Tatbestandsverwirklichung der Bestrafung und scheidet damit den § 210 aus der Zahl der von den Schriftstellern unter I. angeführten Bedingungen der Strafbarkeit aus.[4], [5])

Diese in Kürze gegebene Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Frage ergibt für die folgende Darstellung, die sich mit den sog. äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch beschäftigen wird, die Notwendigkeit, die Frage des Verschuldens und die Kausalitätsfrage bezüglich der als Strafbarkeitsbedingungen bezeichneten Umstände eingehender zu berücksichtigen. Im übrigen geht die Darstellung ihren eigenen Weg, sie wird immer erst die scheinbaren und dann die echten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit behandeln.

[1]) Die symptomatischen Tatbestandsmerkmale, die Finger auch in den §§ 87, 2 u. 154 Abs. 2 vorhanden annimmt, gehören freilich dem objektiven Tatbestand an, so daß sich darauf die Schuld des Täters nicht zu erstrecken braucht; vgl. Lehrb. 1 S. 119 § 22 III 3.

[2]) Blume S. 39.

[3]) Derselbe S. 40 ff.

[4]) Siehe unten S. 33.

[5]) Ebenso bezüglich des § 210 Frank S. 357, bezüglich seiner Auffassung von den Strafbarkeitsbedingungen überhaupt vgl. S. 113.

Erster Teil.

Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht.

Erster Abschnitt.

Scheinbare äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch.[1])

§ 1. Das Vorhandensein einer Strafdrohung im Ausland in § 4 Nr. 3 StGB.

Die Strafbarkeit eines Inländers wegen einer im Ausland begangenen, nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehenden Handlung ist nach § 4 Nr. 3 davon abhängig, daß diese auch durch die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist. Das „mit Strafe bedroht sein am Orte der Begehung" hat fast allgemein Anerkennung als äußere Bedingung der Strafbarkeit der von Inländern im Ausland begangenen Delikte gefunden. Diejenige Theorie der Strafbarkeitsbedingungen, welche in unterschiedsloser Weise in einer größeren Zahl von Strafbarkeitsvoraussetzungen eine Strafbarkeitsbedingung erblickt, stellt damit das „im Ausland mit Strafe bedroht sein" etwa dem Eintritt von Tod oder schwerer Körperverletzung als Voraussetzung der Strafbarkeit des Raufhandels (§ 227) gleich und setzt sich über zwei Unterschiede hinweg:

Die Strafbarkeitsbedingung des § 227 paßt nur für eine bestimmte strafwürdige Handlung und ist als Voraussetzung der

[1]) Als scheinbare Strafbarkeitsbedingungen würden hieher auch gehören die Auflösung der Ehe in § 170 und die Ehescheidung in § 172. Die folgende Darstellung behandelt diese beiden Voraussetzungen nicht, sie faßt beide als Prozeßvoraussetzungen auf und schließt sich damit der allgemeinen Meinung an. Vgl. dazu Binding, Normen I S. 236, Handb. S. 601, Meyer-Allfeld S. 268, Olshausen Nr. 6 zu §§ 170 u. 172.

Bestrafung anderer Delikte undenkbar; die sog. Strafbarkeitsbedingung in § 4 Nr. 3 bedingt dagegen die Strafbarkeit der schuldhaft rechtswidrigen Verwirklichung sämtlicher Verbrechens- und Vergehenstatbestände, weil sie zu jeder als Strafbarkeitsvoraussetzung denkbar ist. Ferner kann der Eintritt von Tod oder schwerer Körperverletzung, wie er der Verursachung zugänglich ist, begrifflich auch Bedeutung für die Verschuldensfrage erlangen. Auf das „mit Strafe bedroht sein auch nach ausländischem Rechte" kann aber weder ein Verschulden noch ein Verursachen von Bedeutung sein.[1]) Würde aus dem letzten Grunde auch eine verschiedenartige Behandlung der Strafbarkeitsvoraussetzungen empfehlenswert sein, so ist auch auf der anderen Seite eine Gleichstellung der Strafvoraussetzung des § 4 Nr. 3 mit der Verbürgung der Gegenseitigkeit als Erfordernis zur Strafbarkeit feindlicher Handlungen gegen befreundete Staaten als eine zu äußerliche abzulehnen und von einer gemeinschaftlichen Abhandlung abzusehen.

§ 4 enthält die Stellungnahme des Strafgesetzbuches zur Frage des räumlichen Geltungsgebietes; er gibt darüber Aufschluß, ob es sich außer dem Territorialprinzip noch zu anderen Prinzipien bekennt. Speziell in § 4 Nr. 3 erkennt das geltende Recht teilweise das Nationalitätsprinzip an. Es steht nicht durchaus auf dessen Boden: nur im Falle eines Verbrechens oder Vergehens erstreckt es sich auf den Inländer, der im Ausland ein Delikt begangen hat. Und auch in diesem Falle erwächst dem Reich nur ein Strafrecht und keine Strafpflicht; es kann einschreiten, aber es muß nicht. Es übt dieses Strafrecht nur deshalb aus, weil es den deutschen Täter nicht ans Ausland ausliefert[2]) und doch andererseits die schweren Delikte seiner Angehörigen nicht straflos lassen will. Es übernimmt aber dabei mehr die Wahrnehmung der Interessen des Auslandes[3]) und damit dessen Strafrecht; es läßt es sich gleichsam zedieren.[4]) Daher straft das Reich nicht, wenn die ausländischen Gesetze den Täter, wenn er ihnen unter-

---

[1]) Blume S. 16.

[2]) § 9 StGB.

[3]) Frank Nr. III 3b zu § 5 S. 35.

[4]) So Binding, Handb. S. 591. Darüber, daß von einer wirklichen Zession des ausländischen Strafanspruchs keine Rede sein kann, siehe Beling, Verbrechen S. 108 u. 109.

stellt wäre, nicht bestrafen würden. „Das Gesetz zielt dahin, daß wenn die Handlung in einer fremden Rechtsordnung vorgenommen dort straflos sei, sie auch in Deutschland straflos sein solle.“ [1])

Diesen Gedanken hat das geltende Recht dahin formuliert: Nach den Strafgesetzen des Deutschen Reiches kann verfolgt werden ein Deutscher, welcher im Ausland eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes: „es kann verfolgt werden“ deutet auf prozessuale Bestimmungen hin. Dem Prozeßrecht angehörig ist indes nur die Regelung zweier Fragen: Eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips wird anerkannt [2]) und es wird festgestellt, daß in einem inländischen Strafprozeß ein Inländer auch wegen einer im Ausland begangenen strafbaren Handlung Partei sein kann. Der weitere Inhalt des § 4 Nr. 3 ist materiellrechtlicher Natur. Er behandelt die Frage der Entstehung eines inländischen Strafanspruchs wegen im Ausland begangener, nach deutschem Recht als Verbrechen oder Vergehen zu betrachtender Handlungen. Eine Voraussetzung der Entstehung des Strafanspruchs ist durch das Erfordernis ausgedrückt, daß die Handlung durch die lex loci mit Strafe bedroht sein muß. Diese Voraussetzung kann keine Prozeßvoraussetzung sein; denn sie hat lediglich Bedeutung für die Strafanspruchsfrage, ihr Nichtvorliegen stellt kein Hindernis für das Zustandekommen des Prozeßrechtsverhältnisses dar.

Was den Inhalt der Voraussetzung bildet, geht aus dem Erfordernis, daß die Handlung durch die Gesetze des Begehungsortes mit Strafe bedroht sein muß, nicht mit genügender Klarheit hervor. Anscheinend wird damit zur inländischen Strafbarkeit verlangt, daß im Ausland, wenn es dort ein Strafrecht gibt, diesem ein Verbrechenstypus bekannt sein muß, dem die Handlung entspricht und daß eine darauf passende Strafdrohung existiert. Die Fähigkeit einer Handlung im Ausland ein Verbrechen zu bilden scheint zu genügen. Damit ist aber der Inhalt der Voraussetzung

[1]) Binding, Handb. S. 436.

[2]) Frank II zu § 5 S. 34; v. Liszt, Lehrb. S. 110, Meyer-Allfeld S. 99, Olshausen Nr. 6 zu § 4 S. 66.

nicht erschöpft. Nicht die Feststellung, daß eine Handlung auch im Ausland Deliktscharakter hat, reicht zur Erzeugung des deutschen Strafanspruchs aus, sondern die Feststellung, daß sich der Inländer auch nach dem fremdem Rechte strafbar gemacht hat,[1]) daß alle Bedingungen, die zum fremden Strafanspruch nötig sind, bezüglich seiner Person und seiner Handlung erfüllt sind. Es darf nach fremdem Recht kein Freispruch möglich sein. Daß die Subsumtionsmöglichkeit der Tat unter den Tatbestand und die Strafdrohung des fremden Rechtes nicht ausreichend ist, ergibt eine Heranziehung des § 5, der die Verfolgung eines Inländers ausschließt, wenn im Ausland eine rechtskräftige Freisprechung wegen der Handlung erfolgt ist. Es besteht keine Veranlassung einen Deutschen, wenn er nach Begehung einer nach deutschem Recht strafbaren Handlung im Ausland ins Reich zurückkehrt und damit der heimischen Rechtspflege unterworfen wird, schlechter zu stellen, als wenn er erst, nachdem er sich dem ausländischen Rechte unterworfen hätte und dort freigesprochen worden wäre, ins Inland kommt. Wenn aber die Voraussetzung der deutschen Strafbarkeit die Strafbarkeit des Täters auch nach dem fremden Gesetze ist, so ist zur inländischen Verurteilung die Feststellung eines doppelten „Schuldig" nötig. Damit ist aber eine Prüfung erforderlich gemacht, ob auch wirklich dem ausländischen Staat zur Zeit der Aburteilung im Reich ein Strafanspruch noch zusteht. Ein ausländischer Strafanspruch besteht aber nur dann, wenn die Tat zur Zeit der Aburteilung im Inland nach fremdem Rechte strafbar ist und auch schon zur Zeit ihrer Begehung strafbar war[2]) (es sei denn, daß die Strafbarkeit der Handlung zur Zeit der Aburteilung auf die Zeit der Begehung zufolge eines neuen ausländischen Gesetzes mit rückwirkender Kraft zurückbezogen werden könnte).

Die Bedeutung der in Frage stehenden Voraussetzung für die Strafbarkeit im Inland ist demnach: Die Strafe wegen eines von einem Inländer im Ausland verübten Verbrechens oder Vergehens kann nur eintreten, wenn eine Strafe auch im Auslande dafür eintreten könnte. Die Anwendung deutschen Strafrechts ist bedingt durch das ausländische Recht. Dem ausländischen Recht kann sogar der Hauptanteil an der inländischen Strafmöglichkeit zukommen.

[1]) Frank III 3b α zu § 5 S. 35, Olshausen Nr. 14 zu § 4 S. 70.
[2]) Olshausen Nr. 14 zu § 4 S. 69.

Kennt beispielsweise ein fremdes Recht einen ausgedehnteren Notstandsbegriff als das deutsche, so kann dadurch die inländische Bestrafung behindert sein. Würde nicht der Täter nach dem deutschen Gesetze abgeurteilt, dann wäre der Zweifel berechtigt, ob nicht das ausländische Recht in seiner Anwendung durch die Strafbarkeit der Handlung nach deutschem Rechte bedingt sei.

Richtig ist, daß der Täter, wenn er bestraft werden soll, eine Handlung begangen haben muß, die sich nach den beiden Rechten als strafbares Delikt, als Verbrechen, darstellen muß, die also in ihrer Strafbarkeit doppelt bedingt ist.[1]) Aber damit ist noch nicht das Wesen der Voraussetzung, daß die Handlung durch die lex loci mit Strafe bedroht sein müsse, festgestellt. Die Feststellung des Wesens der Bedingung ist aber erleichtert durch die Klarlegung ihres Inhalts, der sich nicht in der Fähigkeit nach Auslandsrecht ein Verbrechen zu bilden, erschöpft, sondern in der Strafbarkeit des Täters nach Auslandsrecht besteht. Das Strafbarsein ist ein Umstand, auf den sich die Schuld niemals zu erstrecken braucht. Verschulden ist nur erforderlich in Bezug auf die Handlung und deren Rechtswidrigkeit. Die Strafbarkeit aber liegt auf der Seite der Rechtsfolgen der Handlung.[2]) Da sich ein Verschulden nicht darauf zu erstrecken braucht, ist auch ein Irrtum darüber unbeachtlich. Daraus folgt aber, daß auch der zur Strafbarkeit nach deutschem Recht erforderte Umstand, der selber wieder Strafbarkeit ist, vom Verschulden des Täters nicht umfaßt zu sein braucht und daß er damit tatbestandsfremdes Element in einem ihn zur Strafbarkeit voraussetzenden Strafgesetz ist. Mit der Feststellung, daß der zur Strafbarkeit erforderte Umstand nicht zum Tatbestande gehört, ist aber noch nicht gesagt, daß er eine äußere Bedingung der Strafbarkeit sein muß. Die positive Fassung ist für diese Annahme auch kein durchschlagender Beweisgrund. „Offensichtlich ist das logische Verhältnis genau dasselbe, wenn eine positiv gefaßte Bedingung fehlt, wie wenn eine negativ gefaßte vorhanden ist. Jede positive Bedingung ist gleichzeitig negative Bedingung für das Gegenteil und umgekehrt."[3]) Das Strafgesetzbuch könnte in

[1]) Anders die Bindingsche Auffassung der doppelt bedingten Strafdrohungen in Normen I S. 232 ff.

[2]) Frank III 2 zu § 59 S. 138; Meyer-Allfeld S. 145.

[3]) Beling, Verbrechen S. 55.

§ 4 Nr. 3 ebensogut sagen, daß die Strafbarkeit einer von einem Inländer im Ausland begangenen, nach den Gesetzen des Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehenden Handlung ausgeschlossen sei, wenn diese (vorausgesetzt, daß es dort Gesetze gibt) am Orte der Begehung straflos bleiben müsse. Diese Fassung hätte davon abgehalten, in der Strafbarkeit nach Auslandsrecht eine äußere Bedingung der Strafbarkeit zu erblicken; sie hätte wahrscheinlich zu derjenigen Annahme geführt, die als die richtige bezeichnet werden muß: die Nichtstrafbarkeit nach ausländischem Recht schließt die Strafbarkeit nach inländischem Recht aus, das Fehlen des fremden Strafanspruchs hindert die Entstehung des deutschen Strafanspruchs. *Die im Ausland nicht vorhandene Strafbarkeit des Täters wegen seiner Handlung ist ein Strafausschließungsgrund. Aber sie ist kein persönlicher, der die Strafbarkeit der Handlung unberührt läßt und nur den Täter vor Strafe schützt, sondern ein sachlicher, der die Handlung überhaupt nicht strafbar erscheinen läßt, der verhindert, daß die Handlung trotz ihrer Deliktsmerkmale strafbar und damit Verbrechen wird.*[1]) Der Strafausschließungsgrund unterscheidet sich von der äußeren Bedingung der Strafbarkeit durch seine Verknüpfung mit einem bestimmten Zeitpunkt. Der Strafausschließungsgrund muß zur Zeit des Deliktes gegeben sein, die äußere Bedingung der Strafbarkeit kann dem Delikt nachfolgen. [2]) Durch seine zeitliche Festlegung verhindert er die Entstehung des Strafanspruchs überhaupt. Daß aber die Strafbarkeit der Handlung nach ausländischem Rechte zur Zeit der Begehung vorgelegen haben muß, daß die Handlung einem sie verbietenden Strafgesetze des Auslands zeitlich nachgefolgt sein muß, ist schon betont worden. [3])

Ein weiterer Unterschied bestände, wenn der Strafausschließungsgrund als äußere Bedingung der Strafbarkeit aufgefaßt würde, zwischen dieser Bedingung und den andern, z. B. dem Stattfinden des Zweikampfs als Voraussetzung der strafbaren Anreizung, in Bezug auf die Strafbarkeit der Teilnahme. Bei den übrigen

---

[1]) *Beling*, Verbrechen S. 55 Anm. 2 u. S. 57.

[2]) Siehe über Strafausschließungsgrund und äußere Bedingung der Strafbarkeit unten § 8 S. 59.

[3]) Siehe oben S. 9 Anm. 2.

Strafbarkeitsbedingungen wird als Wirkung angenommen, daß sie mit ihrem Eintritt nicht bloß die Handlung, sondern auch die Teilnahme daran ohne jede weitere Bedingung strafbar machen.[1]) Bei der Teilnahme eines Inländers am Auslanddelikt eines andern Inländers setzt ihre Strafbarkeit wohl auch die Strafbarkeit der Haupttat voraus, aber die Entstehung des Strafanspruchs für die Haupttat genügt nicht für die Begründung des Strafanspruchs für die Teilnahme. Zur Strafbarkeit dieser Teilnahme im Inlande ist ebenfalls die Strafbarkeit derselben nach fremdem Recht Voraussetzung[2]) und es ist nicht unmöglich, daß für das Inland wegen eines bestehenden ausländischen Strafanspruchs ein Strafrecht wegen der Haupttat begründet ist, daß aber die Strafbarkeit der Teilnahme mangels ausländischen Strafanspruchs im Inland ausgeschlossen ist. Ebenso ist die Sachlage bei der Begünstigung. Doch kann aus der verschiedenartigen Teilnahmebehandlung ein grundsätzlicher Unterschied zwischen einem sachlichen Strafausschließungsgrund und einer äußeren Bedingung der Strafbarkeit nicht hergeleitet werden. Die selbständige Behandlung der Teilnahme entspricht vielmehr dem Zwecke des § 4 Nr. 3, die Strafbarkeit jeder einzelnen vom Inländer im Ausland verübten strafwürdigen Handlung, gleichviel ob sie selbständig ist oder nicht, von der Strafbarkeit nach dem Gesetze des Begehungsortes abhängig zu machen.

§ 2. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit in den §§ 102 und 103 StGB.

Die Verbürgung der Gegenseitigkeit wird fast allgemein als äußere Bedingung der Strafbarkeit angesehen.[3]) Im Unterschiede von § 4 Nr. 3 sind aber in den §§ 102 und 103 nur einzelne Tatbestände gegeben, an deren Verwirklichung die Strafe sich nur unter der Voraussetzung anknüpft, daß für dieselbe Handlung von demjenigen Auslandsstaat, gegen den sie sich richtet, für den Fall ihrer Richtung gegen das Reich ebenfalls Strafe angedroht ist. Die

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 197; Meyer-Allfeld S. 267 und unten § 8 S. 65 und 66.

[2]) Binding, Handb. S. 436.

[3]) Anderer Meinung Beling, Verbrechen S. 69, die Verfolgbarkeit sei bedingt.

Verbürgung der Gegenseitigkeit ist ebenso wie in § 4 Nr. 3 die Strafbarkeit nach Auslandsrecht ein Umstand, für den weder ein Verschulden von Bedeutung sein kann, noch ein Verursachen. Wohl kann ein befreundeter Staat, der zur Zeit den strafrechtlichen besonderen Schutz des Reiches für eine bestimmte Hochverratshandlung noch nicht genießt, durch eine bisher im Reiche straflose ihm schädliche Handlung veranlaßt werden, dem Reiche für die Zukunft die Gegenseitigkeit zu verbürgen um in den Genuß des gleichen Schutzes zu gelangen; dann kann eine solche hochverräterische Handlung die Ursache der Verbürgung der Gegenseitigkeit und damit der inländischen Strafbarkeit solcher Handlungen für die Zukunft sein, aber gerade die Handlung, welche die Verbürgung der Gegenseitigkeit hervorgerufen hat, bleibt straflos. Darüber besteht nirgends Zweifel.

Der Zweck der Bestimmungen der §§ 102 und 103 ist folgender: Der Hochverrat (im Sinne der §§ 81—86) gegen ausländische Staaten und die Beleidigung eines ausländischen Landesherrn oder Regenten sollen, wenn von einem Deutschen im In- oder Ausland oder von einem Ausländer im Inland begangen, im Deutschen Reich nicht ohne weiteres straflos bleiben. „Das Reich würde in den Geruch frivol gleichgültiger, ja wohl gar feindseliger Gesinnung gegen den angegriffenen auswärtigen Staat geraten, wenn es diese Personen, denen es befehlen und die es strafen kann, wegen solcher Angriffe straflos ließe.“[1]) Aber andererseits will das Reich auch nicht ohne genügendes Interesse strafen. Das würde es tun, wenn es Handlungen gegen Staaten bestrafte, mit denen es sich im Kriegszustande befindet. Es fehlte dem Reiche aber auch an einem genügenden Interesse an der Bestrafung einer hochverräterischen Handlung gegen einen ausländischen Staat oder einer Beleidigung eines ausländischen Landesherrn, wenn ihm für dieselbe Handlung gegen das Reich, seine Staaten oder deren Landesherrn verübt, nicht der reziproke Schutz zugesichert ist. Aus dem Wesen der Gegenseitigkeit folgt,[2]) daß sie eine volle sein kann, d. h. daß sie alle in den §§ 102 und 103 aufgezählten deliktischen Tatbestände, oder eine nur teilweise in dem Sinne, daß nur einzelne von ihnen,

---

[1]) Binding, Lehrb. 2 S. 501.
[2]) Binding, Lehrb. 2 S. 498, 499.

mit ihrer Strafe verbürgt sind, ferner daß ein annähernd gleiches Maß von Ernst der Repressivmittel garantiert ist und daß die Gegenseitigkeit dem Reiche verbürgt sein muß. Es folgt aber daraus auch, daß die Verbürgung der Gegenseitigkeit nur für diejenigen Delikte strafbegründend wirkt, für die sie besteht. Die Angriffe gegen das Reich müssen nicht bloß nach den allgemeinen Strafgesetzen strafbar sein, sondern als Angriffe gegen das Reich, seine Staaten und Fürsten, ob die Handlungen Hochverrat genannt werden, ist gleichgültig. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit kann beruhen auf Gesetz, Staatsvertrag, oder auch feststehendem Gerichtsgebrauch.[1])

Daß praktisch die Verbürgung der Gegenseitigkeit die Strafbarkeit für die einzelnen hochverräterischen Handlungen bedingt, kann nicht bezweifelt werden. Das Gesetz faßt diesen Gedanken auch in der Form eines Konditionalsatzes und fügt letzteren der Strafdrohung an. Äußerlich betrachtet reizt diese Formulierung geradezu zur Annahme einer äußeren Bedingung der Strafbarkeit. Diese Auffassung muß aber eine Ausnahme dieser Bedingung gegenüber den übrigen Bedingungen der Strafbarkeit bezüglich des Zeitpunktes ihres Vorliegens zugestehen. Soll ein strenges Festhalten an der Gleichartigkeit dieser Bedingung und der Bedingungen der §§ 139, 210, 227 nicht zu unrichtigen Resultaten führen, so muß anerkannt werden, daß die Gegenseitigkeit schon zur Zeit der deliktischen Handlung verbürgt sein muß. Die Anhänger einer unterschiedslosen Theorie der Strafbarkeitsbedingungen können dies nicht etwa begründen wie es Binding[2]) in der Weise tut, daß er als wichtigste Bedingung für die Entstehung des Strafrechtes das Delikt ansieht und der Verbürgung der Gegenseitigkeit als Nebenbedingung, wenn sie erst nach dem Abschluß des Delikts erfolgt, nicht die Kraft zutraut das noch nicht entstandene Strafrecht ins Leben zu rufen; denn beim Eintritt eines Todes als Folge des Raufhandels traut man dieser Bedingung die Kraft zu. Die Heranziehung des § 2 StGB.[3]) zur Begründung der Tatsache, daß die Verbürgung der Gegenseitigkeit zur Zeit der Handlung bereits vorliegen muß, ist ebenfalls ganz außergewöhnlich. Dazu kommt, daß die Gegen-

[1]) Meyer-Allfeld S. 628; Olshausen Nr. 4b zu 102 S. 413.
[2]) Normen I S. 235.
[3]) Olshausen Nr. 3 zu 102 S. 412; E. Bd. 38 S. 77.

seitigkeit auch noch zur Zeit der Aburteilung verbürgt sein muß.[1]) Die Bedingung der §§ 102 und 103 muß also eine bestimmte zeitliche Dauer, sie muß ein zeitliches Geltungsgebiet haben. Endlich hat die Auffassung der Voraussetzung als äußere Bedingung der Strafbarkeit einen Schein von Unbilligkeit anhaften: Ein Irrtum über die Verbürgung der Gegenseitigkeit ist niemals imstande die Strafe auszuschließen. Denn die Verbürgung der Gegenseitigkeit ist kein Tatumstand, den der Täter kennen muß. Daher muß auch derjenige bestraft werden, der sich vorher genau darüber informiert zu haben glaubte, daß er eine hochverräterische Handlung in Deutschland gegen einen anderen Staat mangels verbürgter Gegenseitigkeit straflos vornehmen könne, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er sich im Irrtum befand, daß zur Zeit seiner Handlung tatsächlich dem Reich die Gegenseitigkeit von dem angegriffenen Staate verbürgt war. Das Ergebnis, zu dem die Annahme der Strafbarkeitsbedingung hier geführt hat, ist richtig, aber seine Begründung könnte bei sentimentalen Gemütern als Unbilligkeit erscheinen. Läßt sich für die Begründung der Tatsache, daß die Verbürgtheit der Gegenseitigkeit zur Zeit der deliktischen Handlung und der Aburteilung gegeben sein muß, überhaupt eine andere Auffassung der §§ 102 und 103 denken, so dürfte es sich empfehlen die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht als äußere Bedingung der Strafbarkeit zu betrachten.

Die Voraussetzungen für die Aufstellung der Tatbestände bleiben auch nach der hier zu entwickelnden Ansicht die gleichen: die hochverräterischen Handlungen gegen einen fremden Staat und die Beleidigung eines ausländischen Landesherrn oder Regenten sind immer normwidrig. Das deutsche Strafrecht kann nicht einmal eine Handlung für normwidrig halten und ein andermal nicht. Die normwidrige Handlung braucht aber nicht immer zugleich strafbar zu sein. Ein Interesse des Staates macht sie erst strafbar und zwar darf das Interesse nicht unbedeutend sein. Bei feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten besteht ein Interesse an ihrer Bestrafung nur bei verbürgter Gegenseitigkeit.

Eine Änderung in den Verbrechensbildern tritt aber ein, wenn die kondizionale Fassung der verbürgten Gegenseitigkeit richtiger in eine andere verwandelt wird, wenn die Verbürgung der Gegen-

[1]) Olshausen Nr. 3 zu § 102 S. 413; E. Bd. 38 S. 77.

seitigkeit in einem Relativsatze untergebracht wird: Das Reich straft hochverräterische Handlungen nur, aber auch immer, wenn sie begangen werden gegen denjenigen Staat, der ihm für dieselbe Handlung die Gegenseitigkeit verbürgt hat. Noch klarer gefaßt: Gestraft wird im Inlande die hochverräterische Handlung gegen denjenigen Staat, der die Gegenseitigkeit verbürgt hat und der sie gerade für diese Handlung verbürgt hat. Damit lösen sich die §§ 102 und 103 in eine größere Zahl von Strafbestimmungen auf. Wer es unternehmen würde die Frage, in welchen Ländern dem Reich und für welche feindliche Handlung jeweils die Gegenseitigkeit zur Zeit verbürgt ist, erschöpfend zu lösen, der würde neue Tatbestände auffinden wie beispielsweise den folgenden: „Haben mehrere die Ausführung eines hochverräterischen Unternehmens gegen Österreich[1]) verabredet, ohne daß es zum Beginn einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so werden dieselben . . . . gestraft." In solche vollkommene Tatbestände ließen sich dann die jetzt unvollkommenen Tatbestände der §§ 102 und 103 überleiten. Der Inhalt der §§ 102 und 103 ist nicht erschöpfend, wie Blume annimmt,[2]) das Bild der strafbaren Handlung ist in ihnen nicht vollständig entworfen: es fehlen die Feststellungen, für welche hochverräterische Handlungen jeweils gegen welchen Staat die Strafen bestimmt sind. Ist aber der Gesetzestatbestand nicht vollständig und ist seine notwendige Ergänzung einer anderen Rechtsquelle überlassen, dann ist ein Blankettstrafgesetz gegeben. Die §§ 102 und 103 sind solche Blankettstrafgesetze. Die Strafdrohungen sind in ihnen enthalten, der Tatbestand aber nicht vollständig. Welche Staaten als Rechtsgüter und gegen welche von den im Blankettgesetz als möglicherweise strafbar angeführten Handlungen sie geschützt seien, das bemißt sich nach dem ausländischen Rechte. Das deutsche Recht überläßt es dem Rechte ausländischer Staaten für gewisse Handlungen Gegenseitigkeit zu verbürgen und sich damit ein Recht auf Strafbarkeit der gegen sie gerichteten gleichen Handlungen zu erwerben. Daß die Ausfüllung des Blankettes einem fremden Staat über-

[1]) Daß dafür von Österreich die Gegenseitigkeit verbürgt ist, soll nicht behauptet sein.

[2]) Blume S. 14.

lassen ist, macht diese Gesetze besonders interessant.[1]) Aus dieser Auffassung ergeben sich dann die Konsequenzen: In dem Augenblick, wo sich der Staatsvertrag in fremdes Landesrecht umwandelt oder wo ohne Staatsvertrag ein ausländisches Gesetz in Kraft tritt, das die Gegenseitigkeit für sämtliche in §§ 102 und 103 StGB. bezeichneten Handlungen oder nur für einzelne dem Reiche verbürgt, werden die gleichen Handlungen im Falle ihrer Richtung gegen diesen fremden Staat strafbar. Dem Reiche erwächst eine Strafpflicht, die so lange besteht, bis das fremde Gesetz seine Geltung wieder verliert. Ebenso ist es bei dem immerhin denkbaren Gewohnheitsrecht. Denn das die Gegenseitigkeit betätigende Gesetz oder Gewohnheitsrecht wirkt genau wie die anderen auf Grund eines andern Blankettgesetzes und zu dessen Ergänzung erlassenen Gesetze und Verordnungen. Und weil geschriebenes oder ungeschriebenes Recht vorliegt, hat diese Strafbestimmung ein zeitliches Geltungsgebiet und es kommt für sie § 2 StGB. zur Anwendung: „Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."[2]) Die vor der Verbürgung der Gegenseitigkeit erfolgte feindliche Handlung darf nicht gestraft werden; die feindliche Handlung darf nicht mehr gestraft werden, wenn zur Zeit der Aburteilung die rechtlichen Garantieen der Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht mehr bestehen. Mit dem Fortfall des ausländischen die Gegenseitigkeit verbürgenden Rechtes entfällt die Strafpflicht des Reiches; was eben noch Verbrechen war, ist wieder der Strafbarkeit entkleidetes Delikt. Endlich aber ergibt sich aus der hier vertretenen Anschauung, daß, solange die Gegenseitigkeit verbürgt ist, der erweiterte vollkommene Tatbestand gilt, wie er oben in dem Beispiel einer Komplottstrafbestimmung zugunsten Österreichs dargestellt wurde. Wer sich darauf berufen wollte, daß er sich geirrt habe, als er seine hochverräterische Handlung diesem Staate gegenüber nicht für strafbar hielt, obwohl das Gesetz bestimmt: „Diese feindliche Handlung ist, wenn gegenüber diesem Staate be-

[1]) Auf die Tatsache, daß die Ausfüllung eines Blanketts einem fremden Staat überlassen sein kann, hat schon Binding, Handb. S. 180 Anm. 15 hingewiesen.

[2]) Über die Bedeutung des § 2 für die Tatbestandlichkeit der Handlung vgl. Beling, Verbrechen S. 21, 22.

gangen, strafbar," der beruft sich sicherlich nicht auf einen Irrtum über einen Tatumstand, sondern auf einen Irrtum über die Rechtsfolge. Dieser Irrtum ist belanglos. Aber ein anderer Irrtum kann einmal — durch die Einbeziehung des bestimmten fremden Staates, gegen den sich die feindliche Handlung richten muß, in den Gesetzestatbestand — von Bedeutung sein. Bei einer Zusammenkunft mehrerer fremder Fürstlichkeiten beleidigt ein Inländer den Landesherrn eines Staates, der dem Reiche für das gleiche Delikt die Gegenseitigkeit verbürgt hat, weil er ihn irrtümlich für den Landesherrn eines andern fremden Staates, der die Gegenseitigkeit nicht verbürgt hat, angesehen hat. In diesem Falle liegt ein Irrtum über einen gesetzlichen Tatumstand vor und eine Bestrafung nach § 103 ist ausgeschlossen. *Das Fehlen der verbürgten Gegenseitigkeit ist demnach kein Strafausschließungsgrund, sondern die Verübung einer feindlichen Handlung gegen den Staat, der Gegenseitigkeit nicht verbürgt hat, ist keine tatbestandliche Handlung.*

Der Versuch und die Teilnahme regeln sich in der gewöhnlichen Weise. Der Versuch einer feindlichen Handlung gegen einen befreundeten Staat ist strafbar, wenn die Gegenseitigkeit zur Zeit der Begehung wie der Aburteilung verbürgt ist, ebenso die Teilnahme.

Der Auffassung der §§ 102 und 103 als Blankettstrafgesetze ist das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Mai 1905[1]) schon ziemlich nahe gekommen. Bei der Entscheidung der Frage, ob damals eine Hochverratshandlung gegen Rußland strafbar gewesen sei, wendet es sich gegen die Ansicht des russischen Justizministers, daß durch den Art. 260 des russischen Strafgesetzbuchs dem Reich die Gegenseitigkeit verbürgt sei, und weist sie deshalb zurück, weil Art. 260 nicht ersehen lasse, welchem Staate gegenüber die Gegenseitigkeit verbürgt sei.[2]) Der russische Art. 260 ist nämlich in der Tat genau ein Blankettgesetz wie die §§ 102 und 103 StGB. es sind. Der Gedanke, daß erst das deutsche Blankett zusammen mit der Tatsache, daß in einem fremden Staat ein Zustand besteht, nach welchem auf Grund von Vereinbarung oder

[1]) E. Bd. 38 S. 75.
[2]) E. Bd. 38 S. 87.

ohne solche tatsächlich dieselbe Handlung gegen das Reich als hochverräterische gestraft wird, ein vollgültiges Strafgesetz und damit Strafmöglichkeit entstehen läßt, kann dem Reichsgericht nicht mehr gar so ferne gelegen haben.

§ 3. Die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache in § 186 StGB.

Die Nichterweislichkeit der behaupteten oder verbreiteten ehrenrührigen Tatsache ist ebenfalls vielfach als sog. äußere Bedingung der Strafbarkeit für die üble Nachrede bezeichnet worden. In der Literatur ist diese Ansicht vertreten[1]) und auch das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen der 80er Jahre es wiederholt ausgesprochen, daß es sich hier der neueren Doktrin anschließe.[2]) „Diese führt mehrere Fälle auf, in welchen die Strafandrohung von dem Vorliegen äußerer, auf ein Verschulden des Täters (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nicht zurückführender Umstände abhängig gemacht sein soll und bezeichnet solche Umstände als objektive Bedingungen der Strafbarkeit oder als Bedingungen, die keinen Bestandteil der Norm bilden." Es ergibt sich aus dieser Auffassung, daß die Nichterweislichkeit nicht Tatbestandsmerkmal ist, daß ein Verschulden in Bezug auf sie irrelevant und damit auch jeder Irrtum über die Erweislichkeit gänzlich unbeachtlich ist. Auch derjenige, der zur Zeit der Beleidigung fest überzeugt war, daß er die Wahrheit seiner Behauptung beweisen könne, muß bestraft werden, wenn es sich später herausstellt, daß er sie nicht beweisen kann. Der Irrtum ist auch dem Überzeugtesten schädlich, er muß gestraft werden, wenn er seinen einzigen Zeugen durch den Tod verliert oder wenn dieser vom Rechte der Zeugnisverweigerung Gebrauch macht, wenn ihm die beweiskräftige Urkunde abhanden gekommen ist und auch, wenn er dem vertrauenswürdigsten Gewährsmann eine Tatsache, die ehrenrührig ist, im guten Glauben nacherzählt hat.

Fälle der angeführten Art haben aber die Begründung mit dem Wesen der Strafbarkeitsbedingung mißliebig gemacht, so daß man manchmal vorgezogen hat die Beweisbarkeit als Tatbestands-

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 348; Meyer-Allfeld S. 433.
[2]) R. Bd. 8 S. 791.

merkmal zu erklären. Diesen Versuch hat Binding[1]) gemacht und dabei Anhänger gefunden z. B. in einer im Ergebnis mit Binding übereinstimmenden Dissertation von Eßlinger.[2]) Binding behauptet: „Der Vorsatz der üblen Nachrede besteht in dem Wissen und Wollen der ehrenrührigen Behauptung als einer wegen ihrer Unbeweisbarkeit rechtswidrigen. Die Überzeugung ihrer Beweisbarkeit schließt den Vorsatz aus."[1]) Eßlinger stellt auf: „Wer von der Möglichkeit der Beweiserbringung überzeugt war im Augenblick der beleidigenden Äußerung, hat niemals das Bewußtsein, er tue etwas Rechtswidriges. Er befindet sich deshalb im Irrtum über einen Tatumstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, und ist somit nach § 59 RStGB. von dem Vergehen der üblen Nachrede freizusprechen."[2]) Für den ersten Augenblick hat die Bindingsche Auffassung etwas Bestechendes; allein beigepflichtet kann ihr nicht werden. Die Entscheidungen auf Grund der Annahme einer äußeren Bedingung der Strafbarkeit sind im Ergebnis die allein richtigen. Ihre Begründung läßt sich aber mit mehr Glück und Berechtigung auf eine andere Weise denken: mit der Anerkennung des sachlichen Strafausschließungsgrundes.

Dazu ist aber zunächst die Lösung folgender Vorfrage erforderlich: Gibt es ein Recht die Wahrheit zu sagen, auch wenn diese die Achtung vor einem andern untergraben kann? Wenn es ein solches Recht gibt, dann ist die Behauptung ehrenrühriger aber wahrer Tatsachen nicht rechtswidrig. Ein solch unbeschränktes Recht wird nun tatsächlich manchmal angenommen. Mit besonderem Nachdruck vertritt diese Anschauung Beling. Wo das Behaupten oder Verbreiten wahrer rufgefährdender Tatsachen auch nach Form und Umständen korrekt sei, könne an der absoluten Rechtmäßigkeit der Handlung auch nicht der leiseste Zweifel bestehen.[3]) Frank[4])

---

[1]) Lehrb. 1 S. 158.

[2]) Schuldmoment bei der üblen Nachrede S. 46.

[3]) Beling, Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede S. 11 u. 12. Belings Auffassung der üblen Nachrede weicht überhaupt von den bisher angeführten wesentlich ab: Der Tatbestand der üblen Nachrede besteht darnach in dem Behaupten oder Verbreiten unwahrer rufgefährdender Tatsachen; der Passus von der Nichterweislichkeit ist prozessualischen Inhalts; er enthält die widerlegbare Präsumtion der Unwahrheit der behaupteten Tatsache; als Verschulden wird bei § 186 das Bewußtsein der Unwahrheit verlangt, das Bewußtsein der mindestens möglichen Unwahrheit aber präsumiert. S. 8. u. 9.

[4]) Frank S. 338.

spricht ebenfalls von einer allgemeinen Freiheit die Wahrheit zu sagen. Daß aber unser Strafgesetzbuch ein solches Recht ganz allgemein nicht anerkennt, ergibt sich klar daraus, daß es sowohl im § 186 wie im § 192 von der Erweislichkeit und dem Beweise der Wahrheit spricht. Wenn es also ein Recht geben sollte wahre Tatsachen zu behaupten, so wäre dies doch nur mit der Einschränkung möglich, daß nur diejenigen wahren Tatsachen behauptet werden dürften, die sich auch beweisen ließen. Dieser Auffassung scheint Binding zu sein, wenn er aufstellt, die rufgefährdende Tatsachenbehauptung sei wegen ihrer Unbeweisbarkeit rechtswidrig. Gäbe es ein Recht, wenigstens die beweisbare Wahrheit zu sagen, so wäre die Beleidigungsmaterie des geltenden Rechts außer den allgemeinen noch mit zwei besonderen Unrechtsausschließungsgründen versehen, die beide merkwürdigerweise durch ein und denselben Exzeß selbst wieder ausschließbar seien: sie fielen beide wieder weg bei der Absicht zu beleidigen oder mit den gesetzlichen Worten gesprochen, „wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht". Nun ist tatsächlich § 193 da um für das Gebiet der Beleidigungen die Rechtswidrigkeit in den von ihm angeführten Fällen auszuschließen. Er tut dies in den Fällen notstandsähnlicher Interessenkollision.[1]) Die Interessenabwägung kann einmal die Verletzung fremder Ehre im Hinblick auf wichtigere berechtigte Interessen erlaubt erscheinen lassen. Die beweisbare Wahrheit kann aber nicht genügen um die Rechtswidrigkeit einer Ehrverletzung auszuschließen. Trotz der bewiesenen Wahrheit der Tatsache bleibt ihre Behauptung rechtswidrig, wenn sie der Achtung eines andern zu nahe tritt. Hier besteht kein Interesse für den Staat auf Kosten der Achtung eines Untertans beweisbare Wahrheiten sagen zu lassen, auch nicht im Interesse eines Gutes, wie es die Wahrheit ist. Die Aufrechterhaltung der Achtung vor jedem seiner Untertanen ist Staatsaufgabe und nicht die Einräumung eines Rechtes die Wahrheit zu sagen und damit die Legalisierung des Mißbrauchs der Achtung vor seinem Nebenmenschen durch boshaftes und gehässiges Hervorzerren vielleicht längst vergessener Dinge an die breite Öffentlichkeit einen Stoß zu versetzen, der sich in so vielen Fällen als gründlicher aber straffloser Racheakt dar-

[1]) Frank S. 340; Meyer-Allfeld S. 425.

stellen würde. Wegen seiner Mißbräuchlichkeit kann das Recht vom Staate nicht verliehen werden. Darum ist auch die Behauptung erwiesener ehrenrühriger Tatsachen immer rechtswidrig. Nur dann kann sie erlaubt sein, wenn der § 193, wenn sie ein berechtigtes Interesse dazu macht. Der § 192 allein genügt aber nicht um eine Beleidigung ihrer Rechtswidrigkeit zu entkleiden. Darum ist aber auch der Versuch Bindings als mißglückt anzusehen den Vorsatz sich auf die ehrenrührige Behauptung als eine wegen ihrer Unbeweisbarkeit rechtswidrige sich erstrecken zu lassen.

Wollte man die Beweisbarkeit ohne Betonung des Rechtswidrigkeitsmomentes, wie es Binding tut, zum Tatbestandsmerkmal machen, dann bliebe der folgende Weg, dessen Ungangbarkeit aber bald zutage tritt. Man müßte als Verbot des § 186 anerkennen: Behaupte keine ehrenrührigen Tatsachen, die sich nicht beweisen lassen. Das Beweisenkönnen müßte dann von der Schuld umfaßt sein. Es gibt genug wahre Tatsachen, die sich nicht beweisen lassen. Es gäbe daher auch Fälle, wo sich auf das Nichtbeweisenkönnen der dolus directus erstreckte: wenn jemand weiß, daß er seine ehrenrührige Tatsachenbehauptung nicht beweisen kann und die Tatsache dennoch behauptet. In den weitaus meisten Fällen dagegen läge dolus eventualis vor. Es ist bekannte Tatsache, daß im Volke der Gedanke tief eingewurzelt ist, daß man beleidigende Äußerungen ungestraft nur dann machen darf, wenn man sie beweisen kann. Es denkt also fast jeder bei einer Beleidigung an das Beweisenmüssen und das Risiko, schließlich nicht beweisen zu können, verschließt manchem den Mund. Wenn aber der Wille die verächtlichmachende Tatsache zu behaupten so stark ist, daß er auch durch die Vorstellung des Risikos nicht unterdrückt wird, dann würde der Beleidiger mit dolus eventualis handeln. Es kann aber doch auch einmal der Fall sein, daß der Beleidiger bei seiner Äußerung überhaupt nicht an das Beweisenmüssen denkt, sollte er dann straflos ausgehen, trotzdem das Gesetz in jeder ehrenrührigen Tatsachenbehauptung eine Rechtswidrigkeit erblickt und trotzdem der Täter das Bewußtsein des ehrenrührigen Charakters seiner Tatsachenbehauptung gehabt hat? Es müßte also Fahrlässigkeit in Bezug auf das Beweisenmüssen ausreichen, damit ist aber der ganze Versuch die nichterweisliche Wahrheit als Tatbestandsmerkmal zu behandeln, gescheitert. Es ergäbe sich, daß bezüglich dieses Tat-

bestandsmerkmals auch Fahrlässigkeit ausreichen würde, während für alle andern Vorsatz gefordert werden muß, eine in einem und demselben Tatbestand unhaltbare Inkonsequenz. Die Nichterweislichkeit der Wahrheit kann also nicht zum Tatbestand des § 186 gehören.

Was die Nichterweislichkeit der Wahrheit für den § 186 bedeutet, kann nur durch Weiterverfolgung des oben begonnenen und durch den Versuch, sie im Tatbestande unterzubringen, unterbrochenen Gedankens und zugleich durch Heranziehung der §§ 187 und 192 festgestellt werden. Der § 192 ist speziell der gesetzliche Beleg dafür, daß der Beweis der Wahrheit auch im Falle des Gelingens nicht die Rechtswidrigkeit ausschließt, sondern, indem er darlegt, daß der Beweis der Wahrheit unter Umständen „die Bestrafung nicht ausschließt", enthält er den Gedanken, daß der Beweis der Wahrheit für eine nicht in Beleidigungsabsicht geschehene ehrenrührige Tatsachenbehauptung nur einen Strafausschließungsgrund darstellt. Für die Unterscheidung von übler Nachrede und Verleumdung ergibt sich aber daraus, daß ein Unterscheidungsmerkmal nicht darin erblickt werden darf, daß objektiv bei ersterer nicht erweislich wahre Tatsachen, bei letzterer unwahre Tatsachen behauptet sein müßten; auch für den § 187 käme es auf einen Beweis an, wenn eine Unmöglichkeit zur Möglichkeit werden könnte, wenn eine unwahre Tatsache als wahr nachgewiesen werden könnte. Der Unterschied ist vielmehr der, daß dem Verleumder nachgewiesen werden muß, daß er die Unwahrheit von vornherein gekannt hat und deshalb gewußt hat, daß er nichts beweisen kann, während Verurteilung wegen übler Nachrede eintritt, wenn der Beleidiger die Wahrheit nicht beweisen kann, aber nicht positiv die Unwahrheit gekannt hat.[1]) Logisch kann sich daher der § 192 gar nicht auf § 187 beziehen, er gilt, nachdem er sich auch auf die unter den § 185 fallende Beleidigung erstreckt,[2]) wenn auch nicht ganz ausschließlich, aber doch hauptsächlich für den § 186.

Der § 192 enthält die Tatsache, daß der Beweis der Wahrheit für die üble Nachrede die Strafe ausschließt. Der Strafausschließungsgrund, den er statuiert, ist aber unglücklicherweise in

[1]) In ähnlicher Fassung auch Frank I zu § 87 S. 334.

[2]) Frank S. 338; v. Liszt, Lehrb. S. 350; Olshausen Nr. 1 zu 192 S. 759.

das Strafgesetz gegen die üble Nachrede, für die er ihn statuiert, nochmals aufgenommen. § 186 sagt genau dasselbe wie § 192, daß wegen übler Nachrede nicht gestraft werden solle, wenn die Wahrheit der Tatsache bewiesen sei. Würde der ganze Passus, „wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist", im § 186 weggedacht, so würden die Urteile um kein Jota anders ausfallen können, weil § 192 dem darin enthaltenen Gedanken hinreichenden Ausdruck verleiht. Das Wesen des besondern zum § 186 hinzugetretenen Umstandes läßt sich demnach bestimmen als eine gänzlich überflüssige, nur zu Mißverständnissen Anlaß gebende Wiederholung des sachlichen Strafausschließungsgrundes der beweisbaren Wahrheit. Scheinbar hebt der Wahrheitsbeweis die Strafbarkeit auf, in Wirklichkeit hindert er aber die Entstehung eines Strafanspruchs überhaupt; denn die materielle Wahrheit ist es, die dem Staat ein genügendes Interesse zu bestrafen nicht gegeben erscheinen läßt, ihre Beweisbarkeit allerdings vorausgesetzt. Die Wahrheit aber muß früher da sein als die Tatsachenbehauptung und der Beweis. Der Staat hat aber nicht immer kein Interesse wegen der Wahrheit der Tatsache den, der sie behauptet, straflos zu lassen. Diese Erscheinung ist kein unwichtiges Argument für die Behauptung, daß die beweisbare Wahrheit die Rechtswidrigkeit der üblen Nachrede nicht ausschließt; denn der Staat würde, wenn die Wahrheit Unrechtsausschließungsgrund wäre, in all den Fällen, wo er den zu erbringenden Wahrheitsbeweis ausschließt, eine nicht rechtswidrige Handlung bestrafen. Den Wahrheitsbeweis schließt er aus, wenn die behauptete Tatsache eine strafbare Handlung und wenn über diese schon ein Urteil ergangen ist.[1]) Hier gilt es das ergangene Urteil aufrecht zu erhalten und, weil er vermeiden will, daß zufolge eines möglichen Wahrheitsbeweises die rechtskräftige Entscheidung des einen Gerichts durch eine widersprechende eines andern Gerichts desavouiert wird, besteht für den Staat ein Interesse eine ehrenrührige Behauptung einmal zu bestrafen, auch wenn die behauptete Tatsache vielleicht beweisbar ist.

Von der hier vertretenen Anschauung ist auch schon das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 23. September 1889[2]) geleitet worden. In diesem Urteil geht es davon aus, daß die Unerweis-

[1]) § 190 StGB.

[2]) E. Bd. 19 S. 386.

lichkeit der behaupteten Tatsache im Sinne des § 186 kein Tatbestandsmerkmal, sondern einen Strafausschließungsgrund abgibt[1]) und daß der § 186, von der Vermutung der Ehrenhaftigkeit des Beleidigten und der Rechtswidrigkeit jedes den guten Namen des andern verletzenden Angriffs ausgehend,[2]) ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Beleidigers die objektive Unwahrheit so lange unterstelle, als der Beweis der Wahrheit nicht erbracht sei. Mit der Auffassung der erweislichen Wahrheit als Strafausschließungsgrund ist das Reichsgericht in dieser Entscheidung von der in andern Entscheidungen vertretenen Auffassung der Nichterweislichkeit als äußere Bedingung der Strafbarkeit abgerückt.

Äußere Bedingung der Strafbarkeit und Strafausschließungsgrund kommen hier zum Teil im Ergebnis überein. Daß die Nichterweislichkeit, als Strafbarkeitsbedingung betrachtet, den Strafanspruch erst beim Feststehen ihres Eintritts, also im Prozeß, zur Entstehung bringt, während die Nichterweislichkeit vom Standpunkt des Strafausschließungsgrundes den Strafanspruch schon zur Zeit der Tatsachenbehauptung entstehen läßt, ist ein Unterschied rein theoretischer Natur.

Wichtiger ist folgender Unterschied: Die äußere Bedingung der Strafbarkeit nimmt bei oberflächlicher Betrachtung scheinbar keine Stellung zu der Frage, ob die üble Nachrede erst im Falle der Nichterweislichkeit rechtswidrig ist oder ob sie es auch sonst ist; die Auffassung der Erweislichkeit als Strafausschließungsgrund hat die Annahme der Rechtswidrigkeit der üblen Nachrede auch im Falle des gelungenen Wahrheitsbeweises zur notwendigen Voraussetzung.[3]) Das hat aber die gewichtige praktische Bedeutung, daß man auch vor der Bestrafung desjenigen nicht mehr zurückzuschrecken braucht, der den Wahrheitsbeweis hätte führen können, wenn ihm beispielsweise nicht sein Zeuge gestorben wäre oder die

[1]) Ebenso Olshausen Nr. 7 zu § 186 S. 744.

[2]) Die Rechtswidrigkeit des Angriffs auf den guten Namen wird nicht bloß vermutet!

[3]) Anderer Ansicht darüber Olshausen; in Nr. 7 zu § 186 hält er mit der Behauptung oder Verbreitung der ehrenrührigen Tatsache den gesamten objektiven Deliktstatbestand erfüllt und bezeichnet die Nichterweislichkeit als Strafausschließungsgrund; in Nr. 2 zu § 192 dagegen behauptet er: die Behauptung oder Verbreitung einer erweislich wahren Tatsache ist an sich nichts Rechtswidriges.

Aussage verweigert hätte, und der von der Beweismöglichkeit zur Zeit seiner Tatsachenbehauptung fest überzeugt war. Denn das stellt der Strafausschließungsgrund schon durch seine Existenz fest: Die üble Nachrede, sogar wenn sie einmal wegen eines geglückten Wahrheitsbeweises straflos bleibt, ist doch rechtswidrig. Diesen Charakter kann sie bloß verlieren, wenn ihr die Wahrnehmung berechtigter Interessen und damit der Schutz des § 193 zu Hilfe kommt. Verliert aber die üble Nachrede durch § 193 ihre Rechtswidrigkeit, so schadet es ja auch nichts, wenn die Wahrheit der behaupteten Tatsache sich nicht beweisen läßt.

Einmal freilich muß auch die Nichterweislichkeit der Schuldfrage zugewiesen werden, bei der Abstimmung im Prozesse nach § 262 StPO. Die Schuldfrage ist aber Strafanspruchsfrage[1]) und als strafrechtserzeugende Tatsache gehört die Verneinung des Strafausschließungsgrundes, als strafrechtshindernde seine Bejahung zur Schuldfrage mit dazu.

[1]) Beling, Verbrechen S. 90.

Zweiter Abschnitt.

Äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Reichsstrafgesetzbuch.

§ 4. Allgemeines.

Ist es gelungen, die Strafbarkeit der Handlung nach Auslandsrecht (§ 4 Nr. 3), die Verbürgung der Gegenseitigkeit (§§ 102 und 103) und die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache (§ 186) aus der Zahl der äußeren Bedingungen der Strafbarkeit auszuscheiden, so kann daraus kein Schluß darauf gezogen werden, daß es solche im Strafgesetzbuch überhaupt nicht gäbe. Der Begriff der äußeren Bedingung der Strafbarkeit ist vielmehr notwendig, wenn man die Bedeutung verstehen will, welche die im folgenden darzustellenden Voraussetzungen für die Entstehung des Strafanspruchs haben. Wo es gilt, die Tatsache zu erklären, daß die Strafbarkeit der Nichtanzeige eines Verbrechens durch das Stattfinden des Verbrechens, die Strafbarkeit der Raufhandelsbeteiligung durch den Eintritt von Tod oder schwerer Körperverletzung, und die Strafbarkeit der Anreizung zum Zweikampf durch das Stattfinden des Zweikampfs bedingt ist, schließt sich diese Darstellung im wesentlichen an die Lehre von der äußeren Bedingung der Strafbarkeit, wie sie v. Liszt und Meyer-Allfeld vertreten, an.[1]) Wegen der Tatsache, daß diese Voraussetzungen mögliche Erfolge der durch sie strafbar werdenden Handlungen sind und daß in Bezug auf sie Verursachung und Verschuldung von Bedeutung sein können, sind sie von Binding und Finger[2]) dem Tatbestand einverleibt und ist ihnen von Blume[3]) die Fähigkeit abgesprochen worden für diejenigen tatbestandlichen Handlungen Strafbarkeit zu begründen,

---

[1]) Vgl. Einleitung S. 2 u. 3, v. Liszt, Lehrb. S. 196 ff. u. Meyer-Allfeld S. 266 u. 267.

[2]) Binding, Handb. S. 591; Finger in Goltd. Arch. 50 S. 53.

[3]) Blume S. 40.

die nachweislich mit dem in ihnen steckenden Erfolg in einem Kausalzusammenhang nicht stehen.

Im Gegensatz zu diesen drei Schriftstellern wird als erstes gemeinsames Merkmal der äußeren Bedingungen der Strafbarkeit, wenigstens der des Reichsstrafgesetzbuches, aufgestellt, daß ihr Inhalt der denkbare Erfolg der durch sie strafbar werdenden Handlungen ist.

Aber nicht bloß ist ihnen als Inhalt der mögliche Erfolg der Handlungen gemeinsam, sondern auch eine andere Eigenschaft, die die allerschärfste Beachtung verdient. Die Vergehen der §§ 139, 210, 227 sind im geltenden Recht mit Rücksicht auf den ihnen zur Strafbegründung beigegebenen möglichen Erfolg zu Vergehen gestempelt, sie sind aber auch bei Unterlassung der Erfolgserwähnung, ohne das strafbegründende weitere Ereignis, ebenfalls zu einer strafgesetzlichen Regelung geeignet. Es läßt sich sehr wohl eine Strafbestimmung denken: „Wer einen andern zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt, wird mit Gefängnis bestraft." Bei Wegdenkung der Strafbarkeitsbedingung, die sich als möglichen Erfolg darstellt, tragen die Delikte der §§ 139, 210 und 227 rein polizeilichen Charakter. Ohne Strafbarkeitsbedingung wären sie geradezu klassische Beispiele von Komplementärverboten, die Binding als die eine Unterart seines „einfachen Ungehorsams" in den Normen Bd. I unterscheidet.[1]) Das wären solche Polizeiverbote, die „eine Strafreserve für bestimmte Angriffsdelikte in dem Sinne sind, daß die schwersten der bedrohten Fälle vollendete Verletzungen, absichtliche oder unabsichtliche Gefährdungen, Versuche, Beihilfehandlungen oder Vorbereitungshandlungen zu Angriffsdelikten darstellen". Und auch die weitere Definition seiner Komplementärverbote paßt zum Teil vortrefflich auf diese Fälle: „Diese Polizeidelikte stehen in Bezug zu ganz bestimmten Rechtsgütern. Jene Reservestellung wird dann praktisch und dann besonders wichtig, wenn die Angriffshandlung als solche, sei es weil ein Strafausschließungsgrund vorliegt, oder der Antrag nicht gestellt oder die Gefährdung oder der Versuch oder die kulpose Verletzung nicht mit Strafe bedroht ist, vielleicht auch

[1]) S. 402.

weil der Beweis nicht für alle Tatbestandsmerkmale z. B. die Schuld oder den Kausalzusammenhang gleichmäßig zu erbringen war, straflos auszugehen hat.“ [1]) Eine unterlassene Verbrechensanzeige steht in Bezug zu allen in § 139 angeführten Verbrechen, sie könnte unter Wegdenkung der Strafbarkeitsbedingung bald als eine Beihilfe strafbar werden, die sonst nur als echte negative Beihilfe strafbar wäre, bald als Versuch negativer Beihilfe; überhaupt als Mitwirkung durch Unterlassung würde die Gefährdung, die in der Nichtanzeige steckt, unter Strafe gestellt sein, ohne daß untersucht werden müsse, ob sie absichtlich oder unabsichtlich bestanden hätte und ohne Notwendigkeit des Suchens nach Kausalzusammenhang zwischen der Anzeigeunterlassung und dem geschehenen Verbrechen. Die Anreizung zum Zweikampf würde, das Erfordernis des stattgehabten Zweikampfs weggedacht, strafbar sein gleichviel ob sie Anstiftung oder Beihilfe oder versuchte Teilnahme wäre, gleichviel auch ob es zum Zweikampf gekommen wäre oder nicht. Der Raufhandel endlich wäre ohne Strafbarkeitsbedingung zu bestrafen, ob er Tötung oder Körperverletzung verursacht hätte oder nicht, gleichviel auch, ob bezüglich der Erfolge Kausalzusammenhang zwischen denselben und einzelnen Beteiligten, ob Verschulden, ob Rechtswidrigkeit feststellbar wäre oder nicht. So wäre in § 139 eine Strafreserve geschaffen für jede Anzeigeunterlassung, die nicht negative Beihilfe und daher straflos wäre, in § 210 eine Strafreserve für Anreizungen zum Zweikampf, die nicht als Anstiftung oder intellektuelle Beihilfe strafbar wären, endlich in § 227 Abs. 1 eine Strafreserve für Körperverletzungen und Tötungen, die als solche mangels nachweisbaren Verschuldens oder nachweisbarer Rechtswidrigkeit oder auch wegen nicht erweislichen Kausalzusammenhangs oder wegen nicht gestellten Strafantrags straflos ausgehen könnten. Ohne die ihnen beigefügte Strafbarkeitsbedingung ist jeder der drei Tatbestände als der eines einfachen Ungehorsams, eines Polizeideliktes, denkbar, er wäre, wo die Natur des Tatbestandes es nicht verwehrt, auch in fahrlässiger Begehung strafbar und würde den Übertretungen oder den leichteren Vergehen des Strafgesetzbuchs zuzuweisen sein.

---

[2]) Normen I S. 402 u. 403.

§ 5. Das Stattfinden des Zweikampfs in § 210 StGB.

Für die Frage nach dem Wesen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit ist eine Untersuchung des § 210 am einfachsten und ergiebigsten und sei deshalb vorangestellt. Doch muß gleich darauf hingewiesen werden, daß in einem wichtigen Punkte sich der § 210 von den §§ 227, 1 und 139 unterscheidet; das Gesetz hat in § 210 die Schuldart genau festgestellt, indem es eine absichtliche Anreizung verlangt. Damit ist die fahrlässige Begehung ausgeschlossen. Andererseits besteht aber auch kein Zweifel, daß das Gesetz mit dem absichtlichen Anreizen nichts anderes meint als ein vorsätzliches.[1]) Der Vorsatz erschöpft sich freilich nicht darin, daß der Anreizende sich vorgestellt hat, daß seine Handlungsweise vermittels psychischer Einwirkung zum Zweikampf zu führen geeignet ist und durch diese Vorstellung nicht gehindert worden ist die Handlung zu unterlassen; sondern vorsätzlich verübt wird die Anreizung so, daß der Täter, weil er ihre Eigenschaft kennt, sie gerade zu dem Zwecke verübt, dadurch das Zustandekommen des Zweikampfs zu fördern. Aus der Art des Vorsatzes ergibt sich, daß er sich auf das Zustandekommen des Zweikampfs miterstreckt. Das Erstrecken der Schuld auf diesen Umstand ist aber eine Selbstverständlichkeit, nachdem „das Anreizen zum Zweikampf" den Tatbestand des § 210 ausmacht. Wer zu einer Schlägerei anreizt, der wird, wenn ein Zweikampf stattfindet, nicht aus § 210 gestraft.

Wichtig ist für den § 210 die Frage nach der Kausalität. Nur um psychisch vermittelte kausale Zusammenhänge[2]) kann es sich hier handeln. Nur auf dem Wege über einen freien Entschluß kann eine Anreizung zum Zustandekommen eines Zweikampfs beitragen. Die Frage, ob bloß im Falle solcher psychischer Kausalität die Anreizung zum Zweikampf strafbar sei oder auch ohne solche, ist zu untersuchen.

Dazu ist wieder die Lösung der Vorfrage nötig: Unterliegt die durch Anreizung bewirkte Anstiftung der Bestrafung nach § 210 oder den allgemeinen Strafbestimmungen über Anstiftung? Daß die Anreizung, auch wo sie Anstiftung gewesen ist, ein Fall des

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 335; Olshausen Nr. 1 zu § 210 S. 810.
[2]) Frank S. 85, I zu § 48 S. 94, I zu § 49 S. 100.

§ 210 ist, wird nicht bestritten.[1]) Mit gutem Grund: Würde Anstiftung durch Anreizung nicht dem § 210 unterfallen, so wäre ihm damit der wegen seiner kausalen Wirkung als schwerster zu betrachtender Anreizungsfall entzogen und nur minderschwere würden der Bestrafung nach § 210 überlassen. Das Maß der Schuld ist bei jeder ernstlichen Anreizung zum Zweikampf das gleiche, es will ja jeder Anreizende eine Bedingung zu dessen Zustandekommen setzen, aber gerade deshalb ist eine Abstufung der Strafbarkeit jeder Anreizung nach ihrem Erfolge geboten. Das Vorhandensein der Schuld nicht allein, sondern zusammen mit der Schwere des Erfolges bestimmt dem Reaktionsbedürfnis der Gesellschaft entsprechend das Maß der Strafe.[2]) Würde nun die Anreizung, wo sie Anstiftung gewesen, nach allgemeinen Teilnahmeregeln der Anstiftungsstrafe unterliegen, so wäre das Gesetz der Abstufung der Strafe nach der Intensität des Beitrags zum Erfolg gerade auf den Kopf gestellt, denn diejenige Anreizung, die Anstiftung war, würde im Regelfalle des § 205 mit Festungshaft von drei Monaten bis fünf Jahre bestraft, andere Anreizungsfälle, die weniger zum Zustandekommen des Duells beigetragen hätten, müßten mit Gefängnis von gleicher Dauer bestraft werden. Die Anstiftung durch Anreizung ist also der erste Fall, der dem § 210 unterfällt und zugleich auch der schwerste; denn mehr bewirken kann der Anreizende nicht als daß er einen Duellanten, sei es den Herausfordernden, sei es den Geforderten, bestimmt das Zweikampfdelikt zu begehen.

Die Anreizung kann aber weniger bewirken, sie kann auch einen schon gefaßten Entschluß nur noch bestärken. Dann unterliegt diese Anreizung ebenfalls dem § 210 als ihrem eigentlichen Strafgesetz und nicht der allgemeinen Beihilfestrafe. Denn als intellektuelle Beihilfe stellt sich die Anreizung, die bestärkenden Einfluß auf den Duellanten ausübt und damit ebenfalls noch psychisch kausal wird, dar.[3])

Daß die Strafbestimmung des § 210 für die durch Anreizung zum Zweikampf verübte Anstiftung und intellektuelle Beihilfe gilt, wird nirgends bezweifelt. Erst bei der Frage ob auch eine nicht kausal gewordene Anreizung nach § 210 strafbar sein solle, gehen

[1]) Frank I zu § 210 S. 357. R. Bd. 10 S. 624.
[2]) Finger, Lehrb. S. 118.
[3]) Meyer-Allfeld S. 245 u. 247; Olshausen Nr. 11 zu § 49 S. 196.

die Meinungen auseinander. Blume[1]) und Frank[2]) wollen diejenige Anreizung straflos lassen, die nachweislich in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Vollzug des Zweikampfs nicht steht. Mit dieser Ansicht befinden sie sich jedoch im Irrtum; nach dem Willen des Gesetzes soll auch diejenige Anreizung getroffen werden, die auf das Zustandekommen des Zweikampfs einen Einfluß nicht gehabt hat.

Diese dritte Art der Anreizung war ebenfalls mit dem Vorsatze zum Zweikampf beizutragen gedacht, hat aber ihren Zweck nicht erreicht. Sie ist daher nichts anderes als der Fall der fehlgeschlagenen und daher versuchten Anstiftung oder Beihilfe, sie ist versuchte Teilnahme. Teilnahmeversuch ist aber juristisch keine Teilnahme, denn es fehlt entweder dasjenige Moment, das Teilnahme und Haupttat miteinander verknüpft, die Kausalität, oder es fehlt die Haupttat, von der die Teilnahme gemäß ihrer akzessorischen Natur ihre Strafbarkeit entleiht.[3]) Versuchte Teilnahme ist daher keine strafbare Handlung, sie kann es nur dadurch werden, daß ein Gesetzgeber sie für einen bestimmten Fall zum delictum sui generis erhebt, daß er sie vertatbestandlicht und mit Strafdrohung versieht. Daß in § 210 auch eine Verselbständigung der versuchten Teilnahme enthalten ist, wird hier behauptet und im folgenden zu beweisen versucht.

Die Anreizung zum Zweikampf stellt für die Anstiftung und die intellektuelle Beihilfe zum Zweikampf nur eine Begehungsmodalität dar. Zu einer besonderen Strafbestimmung für die durch Anreizung erfolgende Teilnahme konnte der Gesetzgeber wohl durch die Absicht bestimmt werden diese Teilnahme der custodia honesta zu entziehen und mit Gefängnisstrafe zu bedrohen. An ihrer Eigenschaft als Teilnahme wäre aber nicht gerüttelt worden. Die Teilnahme setzt aber, wenn sie strafbar sein soll, immer eine vollendete oder versuchte strafbare Haupttat voraus, weil sie akzessorischer Natur ist und ihre Strafbarkeit der des Hauptdelikts entleiht.

Für die Teilnahme ist also das Erfolgen der von ihr mitbedingten Haupthandlung immer eine ganz selbstverständliche Be-

[1]) S. 40.
[2]) I zu § 210 S. 357.
[3]) v. Liszt, Lehrb. S. 233; Meyer-Allfeld S. 227.

dingung der Strafbarkeit (darum enthält auch die Reservierung des § 210 für die beiden Teilnahmearten, wie sie von Blume und Frank angenommen wird, implicite die Leugnung eines für die Strafbarkeit einer Handlung so außergewöhnlichen Umstandes, wie es eine äußere Bedingung der Strafbarkeit ist). Wäre im § 210 nur an Anstiftung und intellektuelle Beihilfe gedacht, dann wäre die Hervorhebung des Umstandes: „wenn der Zweikampf stattgefunden hat" eigentlich überflüssig. Gerade die Betonung des Erfordernisses, daß der Zweikampf stattgefunden haben muß, beweist, daß noch ein anderer Fall in Betracht kommen soll, wo dieses Moment kein selbstverständliches ist. Hätte der Gesetzgeber nur an Teilnahme gedacht, dann hätte er seinem Gedanken nicht eine so gesuchte, mißverständliche und gequälte Fassung gegeben. Daß er etwa gesagt hätte: „Wer durch absichtliche Anreizung, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung zum Zweikampf eines Andern mit einem Dritten mitgewirkt hat", soll von dem Gesetzgeber gar nicht verlangt werden; denn daß er, wo es gilt Teilnahme zu verselbständigen, auffallendes Ungeschick zeigt, beweist § 219, aber eine solch ungeschickte Fassung für eine Vertypung von Anstiftung und intellektueller Beihilfe soll ihm nicht zugetraut werden, wie sie dann im § 210 vorläge. Die Frage, ob zwischen der Anreizung zum Zweikampf und dessen Vollzug kausale Beziehungen bestehen müssen, läßt sich also schon aus der Gesetzesformulierung verneinen.

Das gleiche Resultat liefert aber auch die Beantwortung der Frage, ob die Aufnahme des Umstandes, daß zur Strafbarkeit der Anreizung im § 210 das Stattfinden des Zweikampfs vorausgesetzt wird, die Wirkung haben kann die polizeiliche Natur des Verbotes der Anreizung zum Zweikampf zu beseitigen. Der Zweck eines Verbotes der Anreizung zum Zweikampf beantwortet die Frage. Wie jedes Strafgesetzbuch, das Bestimmungen gegen das Duell enthält, muß auch das deutsche Strafgesetzbuch in der Anreizung einen schlimmen Feind seiner Duellstrafgesetzgebung erblicken. Schon daß das geltende Recht die fragliche Tätigkeit Anreizung nennt, beweist, daß es ihr eine besonders scharfe Wirkung zutraut; Anreizung ist nach Frank[1]) eine bohrende, auf Erregung

[1]) Frank I zu § 210 S. 357.

von Leidenschaft berechnete Aufforderung. Eine Anreizung gar durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung ist nach Ansicht des duellfeindlichen Staates das für die Erreichung eines Duells gefährlichste Mittel. Gleichgesinnte überzeugt es von der Richtigkeit ihres Glaubens, daß ihre verletzte Ehre nur durch einen verbotenen Zweikampf reparierbar sei, Andersgesinnten sucht es den Glauben an diese Wahrheit aufzuzwingen. Je nach der Empfänglichkeit des Angereizten bemißt sich die Gefährlichkeit der Anreizung. Dabei läßt sich der Kausalzusammenhang zwischen Anreizung und Zweikampf fast nie feststellen, denn der Angereizte hat doch ein Interesse daran den Glauben aufrecht zu erhalten, daß er, wenn er zum Duell greift zur Wiederherstellung seiner Ehre, dies nicht erst auf Veranlassung Dritter, sondern aus innerster Überzeugung tut. Endlich kann doch der Teilnahmeversuch, der in der nicht wirksam gewesenen Anreizung enthalten ist, nicht deshalb interesselos für den Staat sein, weil er an einem schon ohnehin zum Duell Entschlossenen und damit an einem untauglichen Objekt begangen wurde, während doch das Verschulden des Anreizenden genau dasselbe ist wie bei Anreizungsfällen, die bestimmend oder mitbestimmend für den Entschluß des Duellanten wurden und bei denen sich auch Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Objekts nicht vorher bestimmen ließen. Wenn auch der § 210 die Strafbarkeit der Anreizung nur im Falle des Stattfindens des Zweikampfes kennt, so wird dadurch doch die polizeiliche Natur des Verbotes nicht berührt; es ist auch beim Vorhandensein der Strafvoraussetzung das Polizeidelikt vorhanden, das die Strafreserve bilden will für gefährliche Handlungen, die im einzelnen Fall wegen schwer nachweisbaren Kausalzusammenhangs oder als Teilnahmeversuch sonst straflos betätigt werden könnten.

Der Hinzutritt des besonderen Strafbarkeitserfordernisses hat allerdings zwei andere Wirkungen gehabt: 1. eine einengende: der Teilnahmeversuch kann nicht auch in dem Falle gestraft werden, wo ein Zweikampf nicht stattgefunden hat (eine nicht zu billigende Einschränkung), sondern nur dann, wenn er in einer auf einen stattgehabten Zweikampf einflußlosen Anreizung besteht;

2. eine straferhöhende: für den Teilnahmeversuch wäre eine niedrigere Höchststrafe ausreichend, in der Erwägung aber, daß in ein und demselben Strafrahmen auch wirkliche Teilnahme ge-

troffen werden mußte und zugleich mit Rücksicht auf den der Anreizung innewohnenden Nötigungscharakter[1]) mußte sich der Gesetzgeber zu der Strafdrohung des § 210 entschließen.

Sonst ist aber dem Delikte der Anreizung zum Zweikampf der polizeiliche Charakter gewahrt geblieben und dieser will gerade die Möglichkeit an die Hand geben den heiklen Fragen des Kausalzusammenhangs und der versuchten Teilnahme aus dem Wege zu gehen.

Nach diesen Feststellungen, insbesondere nach der Feststellung, daß auch der Teilnahmeversuch ein Anreizungsfall des § 210 sein kann, läßt sich erst das Wesen des besondern strafbegründenden Umstandes untersuchen, dessen Wirkungen für die Einengung der dem § 210 unterliegenden Fälle und für Erhöhung der Strafdrohung schon erwähnt worden ist. Das Stattfinden des Zweikampfs ist ein Umstand, der nicht zum Tatbestande des § 210 gehört. Darüber darf auch der Zufall nicht täuschen, daß das Stattfinden des Zweikampfs durch die Identität mit dem Tatbestandsmerkmal „Anreizung zum Zweikampf" zur Schuld in Beziehung gebracht worden ist. Der Tatbestand des § 210, sein Verbrechensbild erschöpft sich in den Worten: „Wer einen Andern zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt". Daß sich tatsächlich das Stattfinden des Zweikampfs auch als Inhalt des besonderen für die Strafbarkeit wichtigen Umstands in dem Täter psychisch widerspiegelt, ist demnach für diesen besonderen tatbestandsfremden Umstand irrelevant, ebenso irrelevant wie die Tatsache, daß die psychisch wiedergespiegelte Bedeutung der Anreizung für den Zweikampf der Wirklichkeit nicht entspricht. Indem das Gesetz das Stattfinden des Zweikampfs als einen die Strafbarkeit bedingenden Umstand erkennen läßt, gibt es den Willen kund, ohne dessen Eintritt und bis zu dessen Eintritt in der Tatbestandsverwirklichung eine strafbare Handlung nicht zu erblicken. Erst beim Eintritt der Bedingung wird die Handlung strafbar, vorausgesetzt aber, daß sie schon alle Deliktsmerkmale an sich trägt, daß sie tatbestandsmäßig, schuldhaft und rechtswidrig ist. Das Stattfinden des Zweikampfs setzt für die schuldhaft rechtswidrige Anreizung dazu die Strafdrohung in Geltung, es bedingt die Strafdrohungsanwendung

[1]) Binding, Lehrb. 1 S. 73; Frank I zu § 210.

und gleichzeitig den Übergang vom straflosen zum strafbaren Delikt. Wegen seiner tatbestandsfremden Natur und seiner bedingenden Wirkungen ist der Name äußere Bedingung der Strafbarkeit für den in Frage stehenden Umstand wohl zu rechtfertigen. Als Strafausschließungsgrund läßt sich der Nichteintritt der Bedingung nicht auffassen; dem Strafausschließungsgrund ist wesentlich, daß er zur Zeit der Handlung vorliegen muß, damit diese straflos bleibt und wenn er nur zur Zeit der Handlung vorliegt, dann kann sein späterer Wegfall nicht mehr strafanspruchserzeugend wirken, ein Ehegatte bleibt z. B. wegen eines gegenüber dem andern verübten Diebstahls auch straflos, wenn später die Ehe geschieden wird. Der äußeren Bedingung der Strafbarkeit, deren Inhalt das Stattfinden des Zweikampfs ist, ist die Möglichkeit zur Zeit der Anreizung vorzuliegen gar nicht verliehen; ihr Nichtvorliegen zur Zeit der Handlung schließt die Strafbarkeit derselben nicht aus, im Gegenteil ihr späterer Eintritt erzeugt erst den Strafanspruch und solange die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung besteht, so lange besteht auch für den Anreizenden die Möglichkeit wegen seiner Anreizung strafbar zu werden. Die äußere Bedingung der Strafbarkeit ist auch kein Strafaufhebungsgrund in dem Sinne, daß die Anreizung so lange strafbar sei bis der Nichteintritt der Bedingung feststehe; denn erst mit dem Eintritte der Bedingung entsteht der Strafanspruch, vorher ist eine strafbare Handlung nach keiner Richtung hin gegeben.

Die Frage, ob die Anreizung gerade mit dem vollzogenen Zweikampf in Beziehung stehen müsse, hat mit der Strafbarkeitsbedingung in erster Linie nichts zu tun. Wie diese Frage überhaupt zweifelhaft sein kann,[1]) ist schwer verständlich. Der Anreizende wird nur bestraft wegen der Anreizung zu demjenigen Zweikampf, den er als möglich gedacht und den er durch seine Anreizung zu fördern beabsichtigt hat, denn nur auf die Anreizung zu diesem Zweikampf hat sich sein Verschulden erstreckt. Der Eintritt der Bedingung macht nur diese Anreizung strafbar. Wer einen Duellanten, dem zwei Zweikämpfe bevorstehen, nur zu dem einen anreizt, der kann, wenn zufällig nur der andere stattfindet, wegen Anreizung nicht bestraft werden.

[1]) Olshausen verlangt zwischen Anreizung und Zweikampf zeitlichen Zusammenhang Nr. 5 zu § 210 S. 810.

§ 6. Die Tatsache der erfolgten Tötung oder schweren Körperverletzung in § 227 Abs. 1 StGB.

Von der Anreizung zum Zweikampf unterscheidet sich die Beteiligung am Raufhandel in einem sehr wesentlichen Punkte: Die Anreizung kann auch dann bestraft werden, wenn sie offenbar mit dem Zweikampf nicht im Kausalzusammenhang steht. Der Raufhandel kann nur dann bestraft werden, wenn durch ihn der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Hier muß Kausalzusammenhang zwischen der Schlägerei oder dem von mehreren gemachten Angriff und dem Tod oder der schweren Körperverletzung bestehen. Das bedeutet aber, daß es gleichgültig ist, ob eine solche schwere Folge für einen am Raufhandel Beteiligten oder nicht Beteiligten eintritt; bei den Beteiligten wieder ist es gleichgültig, ob der schwere Erfolg infolge einer Verletzung durch einen der Gegenpartei oder der eigenen Partei angehörenden Teilnehmer, ja sogar ob er durch eine Selbstverletzung eintritt, wenn nur feststeht, daß der Raufhandel dafür kausal geworden ist, daß der schwere Erfolg auf einen mit dem Raufhandel nicht in Verbindung stehenden Zufall nicht zurückzuführen ist.[1])

Der Raufhandel unterscheidet sich aber von der Anreizung noch in einem wesentlichen Punkte: Bei der Anreizung zum Zweikampf muß sich logischerweise durch das Gegebensein des Merkmals „Anreizung zum Zweikampf" im Tatbestande das Verschulden auch auf das Stattfinden des Zweikampfs als strafbegründenden Umstand erstrecken.[2]) Beim Raufhandel braucht sich die Schuld auf die Tötung oder schwere Körperverletzung, die durch ihn verursacht ist, nicht zu erstrecken. Auch wenn nachweislich die schweren Erfolge des Raufhandels dem Verschulden eines am Raufhandel Beteiligten entzogen sind, tritt die Bestrafung gemäß § 227 Abs. 1 ein.

Zum Beweise der Tatsache wird auch hier der Zweck der Strafbestimmung gegen den Raufhandel angeführt. Meist wird gelehrt, der Raufhandel ist wegen seiner Gefährlichkeit unter Strafe ge-

---

[1]) Binding, Lehrb. 1 S. 76; Frank IIa zu § 227 S. 380; Meyer-Allfeld S. 415; Olshausen Nr. 6 u. 11 zu § 227 S. 878 u. 881.

[2]) Vgl. oben S. 35.

stellt. Das ist richtig, aber es wird damit nur der eine Grund für die Aufstellung einer ihn verbietenden Bestimmung angeführt. Die Aufstellung einer solchen ist aber auch nötig zu dem Zwecke Leib und Leben mit einem strafgesetzlichen Schutze auch dann noch zu versehen, wenn die Gefährdung in die Verletzung umgeschlagen ist, ohne daß es möglich ist den Täter wegen Körperverletzung oder Tötung zur Verantwortung zu ziehen. Gerade bei den Körperverletzungen und Tötungen im Raufhandel wäre dies oft der Fall, wenn nicht der Gesetzgeber im Raufhandelsverbot ein Komplementärverbot polizeilichen Charakters aufgestellt hätte. Das Polizeiverbot des Raufhandels[1]) ist eine Strafreserve für die darin verübten Angriffe auf Leib und Leben. Wo feststeht, daß eine Körperverletzung oder Tötung durch einen Raufhandel verursacht worden ist, da braucht noch nicht feststellbar zu sein, durch wessen Handlung sie verursacht worden ist; und wo sich der Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des einzelnen Beteiligten und dem Erfolg ermitteln läßt, da braucht noch nicht erwiesen zu sein, daß sich auf den Erfolg das Verschulden erstreckt hat und daß die kausale Tätigkeit eine rechtswidrige war,[2]) so daß die meisten im Raufhandel erfolgenden Körperverletzungen und Tötungen straflos ausgehen könnten. Die jedem Raufhandel innewohnende doppelte Gefahr verlangt ein Gesetz, das die ganze Tätigkeit verbietet und das wegen seines Zweckes Polizeiverbot sein muß.

Aus dem Wesen des Raufhandelsverbots ergibt sich gleich ein wichtiger Teil einer Schlägereidefinition: eine Schlägerei ist eine Handlung, bei der mehr als zwei Personen beteiligt sein müssen.[3]) Denn für Tötung oder Körperverletzung, die nur zwei Personen gegenseitig begehen, ist eine Strafreserve wie die im Raufhandelsdelikt gegebene überflüssig, hier ist keine ungewöhnliche Schwierigkeit für den Beweis von Kausalzusammenhang, Schuld und Rechtswidrigkeit gegeben.

Aus der Natur des Raufhandelsverbotes ergibt sich auch, was für unsere Untersuchung am wichtigsten ist, die Abgrenzung des

---

[1]) Die polizeiliche Natur wird auch vom Reichsgericht erwähnt in E. Bd. 9 S. 370; v. Liszt, Lehrb. S. 328.

[2]) v. Liszt, Lehrb. S. 328; Meyer-Allfeld S. 414.

[3]) Frank I zu § 227 S. 380; v. Liszt, Lehrb. S. 329; Olshausen Nr. 3 zu § 227 S. 878.

gesetzlichen Tatbestandes. Die Handlung, die dem im Tatbestand entworfenen Verbrechensbilde entspricht ist: die Beteiligung an einer Schlägerei oder an einem Angriffe auf einen anderen. Ist aber damit der Tatbestand erschöpft, so braucht sich auch nur auf die tatbestandliche Handlung ein Verschulden zu erstrecken. Seinen gesetzlichen Ausdruck hat dieses Verschulden in den Worten gefunden, daß der am Raufhandel Beteiligte nicht ohne sein Verschulden hineingezogen sein darf. Diese Stelle des § 227 wird manchmal auch für die Rechtswidrigkeit in Anspruch genommen[1]) und dadurch Schuld und Rechtswidrigkeit unnötigerweise miteinander verquickt. Das Verschulden beim Raufhandel besteht in dem Bewußtsein des Täters, daß, wenn er an körperlichen Mißhandlungen anderer Personen sich ebenfalls körperlich mißhandelnd beteiligt, mehr als zwei Personen feindlich gegen einander tätig werden (Schlägerei) oder in dem Bewußtsein sich am Angriff mindestens einer Person gegen eine andere zu beteiligen. Es kann aber auch in dem Bewußtsein bestehen gegenwärtig bei einer derartigen Schlägerei oder einem Angriff zu sein und intellektuell in feindlicher Gesinnung dazu mitzuwirken.[2]) Das Verschulden ist aber nicht erst während der rechtlich bedeutsamen Beteiligung denkbar, sondern erst bei dem Vorhandensein des erwähnten Bewußtseins beginnt die schuldhafte Beteiligung. Anders freilich ist es mit der Rechtswidrigkeit der Beteiligung bestellt. Für die Frage der Rechtswidrigkeit der Beteiligung ist die polizeiliche Natur des Raufhandelsdelikts von großer Bedeutung. Nicht nur eine vielleicht sonst straflose Tötung oder Körperverletzung soll mit dem Delikt des Raufhandels getroffen werden, sondern auch die Gefährdung aller Beteiligten und vielleicht auch Unbeteiligten, die solange besteht, bis sie in die Verletzung umgeschlagen oder der Raufhandel beendigt ist. Die in einer Beteiligungshandlung liegende Ursache von Tötung oder Körperverletzung kann als dieses Verletzungsdelikt z. B. wegen Notwehr der Rechtswidrigkeit gegen einen bestimmten Beteiligten entbehren, aber die in derselben Beteiligungshandlung liegende Gefährdung[3]) anderer Beteiligter kann rechtswidrig sein und damit

[1]) Siehe besonders Frank III zu § 227 S. 381.

[2]) Binding, Lehrb. 1 S. 75; Frank IIa zu § 227 S. 380; Meyer-Allfeld S. 415; Olshausen Nr. 8 zu § 227 S. 879. E. Bd. 5 S. 170.

[3]) Meyer-Allfeld S. 415 Anm. 12.

steht zugleich die Rechtswidrigkeit dieser Beteiligungshandlung überhaupt fest. Die Rechtswidrigkeit der Beteiligung kann von Anfang an vorliegen oder erst bei einem späteren Betätigungsakte eintreten. Bei einem von mehreren erfolgenden rechtswidrigen Angriff kann die Rechtswidrigkeit der Raufhandelsbeteiligung des Angegriffenen nur nachträglich eintreten. Die Frage der Rechtswidrigkeit der Beteiligung ist aber stets von der Schuldfrage getrennt zu prüfen. Das Verschulden beim Raufhandel muß aber, um das nochmals zu betonen, nur die Beteiligung am Raufhandel umfassen, nicht auch den durch den Raufhandel verursachten Erfolg.

Aus dem wiederholt festgestellten doppelten Zweck des Delikts und seiner polizeilichen Natur ergibt sich noch eine weitere Folgerung: Läßt es sich feststellen, wessen Beteiligten Handlung die Tötung oder Körperverletzung herbeigeführt und daß er den Erfolg schuldhaft und rechtswidrig herbeigeführt hat, dann unterfällt er den Strafgesetzen über Tötung und Körperverletzung, denn für diesen Fall entfällt der eine Zweck des § 227 Strafreserve für diese im Raufhandel vorkommenden Verletzungen zu sein. Aber sein anderer Zweck, die durch die Beteiligung am Raufhandel für andere geschaffene Gefährdung zu treffen, bleibt noch zu erfüllen und darum ist Idealkonkurrenz von schuldhaft rechtswidriger Beteiligung am Raufhandel und einer darin erfolgten schuldhaft rechtswidrigen Tötung oder Körperverletzung sehr wohl möglich.[1])

Die Tatsache, daß die Strafbarkeit wegen Raufhandelsbeteiligung nach § 227 Abs. 1 von der Verursachung von Tod oder schwerer Körperverletzung eines Menschen abhängig gemacht ist, hat an der rein polizeilichen Natur des Raufhandelsverbotes nichts zu ändern vermocht. Dieser besondere die Strafbarkeit bedingende Umstand tritt zu dem Tatbestande nur in eine räumliche Beziehung durch seine Mitaufnahme in das Gesetz, aber er bleibt dem Tatbestande fremd. Die Beteiligung an einer Schlägerei oder einem Angriff ist die tatbestandliche Handlung. Darum ist nicht erforderlich, daß sich auf den besonderen Umstand, auf Tötung oder schwere Körperverletzung das Verschulden erstreckt, nur der Nachweis der schuldhaft rechtswidrigen Beteiligung an der Schlägerei oder dem

[1]) Frank IIb zu § 227 S. 381; v. Liszt, Lehrb. S. 329; Olshausen Nr. 14 zu § 227 S. 882. R. Bd. 9 S. 716. E. Bd. 32 S. 33; besonders Meyer-Allfeld S. 415 Anm. 12.

Angriff ist erforderlich zur Bestrafung nach § 227 Abs. 1 — den Eintritt der Bedingung allerdings vorausgesetzt — anderseits aber auch genügend.

Doch hat der Hinzutritt der Bedingung auch hier zwei Wirkungen gehabt: 1. er schließt die Bestrafung wegen Raufhandelsvergehens aus, wenn der Raufhandel die Erfolge einer Tötung oder schweren Körperverletzung nicht gehabt hat; 2. der Gesetzgeber hat wegen dieser Folgen des Raufhandels die Beteiligung an ihm, den reinen Ungehorsam, mit der Vergehensstrafe bedroht, während er ihn ohne Rücksicht auf den Raufhandelserfolg mit einer Übertretungsstrafe für ausreichend gesühnt erachtet.[1])

Den Beweis der straferhöhenden Wirkung liefert § 367 Z. 10. Den Inhalt dieser Übertretung bildet die Beteiligung an einem Raufhandel, der nicht zu schwerer Körperverletzung und Tötung geführt hat. Der Zweck und das Wesen auch dieser Bestimmung läßt sich nach einer Vergleichung mit § 227 Abs. 1 als dieser Strafbestimmung entsprechend feststellen. Der Gesetzgeber hält an der Gefährlichkeit des Raufhandels auch dann fest, wenn auch nur leichtere körperliche Verletzungen aus ihm entstehen. Die in ihm vorkommenden Verletzungen straft er als solche, wenn sie sich auf eine schuldhaft rechtswidrige Handlung des einzelnen Beteiligten zurückführen lassen. Weil aber die Körperverletzungen einer Bestrafung meist entgehen, weil entweder der Nachweis einer Kausalität oder der der Rechtswidrigkeit nicht zu erbringen ist, oder weil ein Antrag nicht gestellt ist, ist für sie in § 367 Z. 10 die Strafreserve enthalten. Der § 367 Z. 10 ist ebenfalls ein polizeiliches Verbot komplementärer Natur, das eben deshalb für die Schlägerei mehr als zwei Personen voraussetzt[2]) und in Idealkonkurrenz mit den §§ 223 und 230 begangen werden kann.[3]) Mit der Aufstellung des § 367 Z. 10 ist aber ein vollständiges Raufhandelsverbot nicht geschaffen worden, denn wenn nicht der Raufhandel zu den Folgen des § 227 Abs. 1 geführt hat, bleibt diejenige Beteiligung straflos, die ohne Waffen erfolgt ist.[4])

---

[1]) Vgl. E. Bd. 9 S. 370.

[2]) Frank XI zu § 367 S. 640; Olshausen b α zu Nr. 10 S. 1476.

[3]) Frank XI zu § 367; Olshausen d zu Nr. 10 S. 1477.

[4]) § 367 Z. 10 betrifft die qualifizierte Beteiligung am nicht qualifizierten Raufhandel, s. Frank S. 640.

Das Wesen des zur Strafbarkeit des Raufhandels nach § 227 Abs. 1 erforderlichen Eintritts einer vom Raufhandel verursachten Tötung oder schweren Körperverletzung läßt sich nur mit der Annahme einer äußeren Bedingung der Strafbarkeit erklären. Der Erfolgseintritt ist tatbestandsfremdes Element im § 227, auf das sich ein Verschulden nicht zu erstrecken braucht; außerdem erzeugt er mit seinem Gegebensein den Strafanspruch. Da sich der Eintritt der schweren Erfolge nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt, etwa die Dauer des Raufhandels, fixieren läßt, ist auch die Entstehung des Strafanspruchs an einen bestimmten Zeitpunkt nicht geknüpft. Meist wird der Eintritt dieser Bedingung nach der Beendigung des Raufhandels erfolgen und die Beteiligung daran erst später zu einer strafbaren werden. Es ist aber auch die Möglichkeit gegeben, daß die Bedingung während des Raufhandels eintritt und vielleicht schon zu dessen Beginn, damit entsteht dann ein Strafanspruch gegen diejenigen, die zur Zeit des Eintrittes der schweren Folge beteiligt sind, aber auch gegen diejenigen, die sich erst nach dem Bedingungseintritt an diesem Raufhandel beteiligen.[1]) An der Strafbarkeit der sich erst nachträglich Beteiligenden kann weder der Nachweis, daß sie von dem Eintritt der Erfolge keine Kenntnis hatten, noch der Nachweis, daß sie zu dem Erfolge nichts beigetragen haben, etwas ändern. Der Strafanspruch entsteht eben im Moment des Bedingungseintrittes und er entsteht nicht bloß für die Verursacher der Erfolge, sondern für alle Beteiligten, weil sie das gesetzliche Verbot des Raufhandels mißachtet und dadurch zum mindesten eine Quelle der Gefahr geworden sind. Erfolgt aber der Eintritt des schweren Erfolges in einem Raufhandel so früh, daß an diesem Raufhandel noch neue Beteiligungen stattfinden können, so verliert er seine Wirkung als Strafbarkeitsbedingung insofern, als er jede ihm nachfolgende Beteiligung zu einer von vornherein unbedingt strafbaren macht. Die Tatsache, daß ein Beteiligter wegen seiner späteren Teilnahme den Erfolg nicht verursacht haben kann, verdient Berücksichtigung bei der Strafzumessung. Außerdem kann eine zu weitgehende Wirkung der Strafbarkeitsbedingung vermieden werden einmal durch das wie beim § 210[2]) zu begründende Verlangen,

[1]) Frank IIa zu § 227 S. 381; v. Liszt, Lehrb. S. 329; Meyer-Allfeld S. 415; Beling, Verbrechen S. 65.

[2]) Siehe oben S. 36.

daß die Bedingung der Strafbarkeit einen Strafanspruch nur für die Beteiligung an demjenigen Raufhandel, bei dem die schweren Erfolge eingetreten sind, erzeuge, und ferner durch die Möglichkeit einen Raufhandel in äußerlich erkennbare Abschnitte zu zerlegen, so daß nur die Beteiligung an derjenigen erkennbaren Raufhandelseinheit strafbar ist, welche den in der Strafbarkeitsbedingung enthaltenen Erfolg aufzuweisen hat.[1])

Die Auffassung des für die Strafbarkeit Voraussetzung bildenden Erfolgseintrittes als äußere Bedingung der Strafbarkeit hat die Feststellung, daß sich auf die Erfolge eine Schuld, wenn auch nur in der Art der culpa erstrecke, überflüssig gemacht. Entbehrlich ist aber auch die Feststellung, daß der Einzelne die schweren Erfolge verursacht habe. Eine widerlegbare Ursachenpräsumtion ist in § 227 Abs. 1 nicht enthalten.[2]) Der Wille des Gesetzgebers geht dahin jeden an einem durch seine schweren Erfolge qualifizierten Raufhandel Beteiligten wegen Raufhandelvergehens zu strafen, gleichviel ob er Verursacher ist oder nicht. Die Tatsache, daß lediglich die Raufhandelseinheit als solche Ursache sein muß, ist allerdings nicht zu rechtfertigen, wenn es sich ermitteln läßt, welcher einzelne Teilnehmer der Verursacher des Erfolges ist. Läßt sich bei einem Beteiligten, auf den der Erfolg zurückzuführen ist, auch Verschulden und Rechtswidrigkeit bezüglich des Erfolges beweisen, so wird der Unterschied in der Bestrafung dieses Teilnehmers gegenüber der anderer Teilnehmer ein bedeutender sein, aber die Vergehensstrafe ist für den Teilnehmer, der zum Erfolg nichts beigetragen, immer noch zu hart, wenn man in Betracht zieht, daß seine Beteiligung um nichts strafwürdiger erscheint, als wenn sie an der Raufhandelübertretung erfolgt wäre. Noch unangebrachter ist es, für die unwirksame Beteiligung dieselbe Strafdrohung anzuwenden wie für die kausal gewordene, aber aus irgend einem Grunde nicht als Tötung oder schwere Körperverletzung strafbare Beteiligungshandlung. Jedem Beteiligten ist die Möglichkeit gegeben, den Eintritt der Strafbarkeitsbedingung und damit die Vergehensstrafe nicht bloß für sich, sondern auch für die übrigen Teilnehmer herbeizuführen und jeder Teilnehmer beteiligt sich daher mit dem Risiko,

[1]) Frank I zu § 227 S. 380.
[2]) A. M. Blume S. 40.

daß ihm ein anderer eine Bestrafung nach § 227 Abs. 1 verschafft. Eine Rechtfertigung dieser Tatsache kann auch nicht darin erblickt werden, daß, wenn auch die Schuldfrage bezüglich der Erfolge keine Bedeutung für die Strafbarkeit hat, in den meisten Fällen doch eine Fahrlässigkeit insoferne vorliegen wird, als der Teilnehmer am Raufhandel sich dessen generelle Tendenz zur Verursachung der schweren Erfolge hätte vorstellen müssen; denn dasselbe Verschulden wird auch bei der Raufhandelübertretung des § 367 Z. 10 meist gegeben sein. Ein berechtigter Kern soll der Ansicht Blumes,[1]) der § 227 Abs. 1 enthalte eine widerlegbare Ursachenpräsumtion, nicht abgesprochen werden. Seine Anschauung aber in den § 227 hinein zu interpretieren ist unmöglich. Man würde damit nicht nur gegen die Absicht des Gesetzgebers verstoßen, der die Raufhandelseinheit als Ursache und Qualifikationsmoment betrachtet sehen will, sondern auch gegen die zweifelsohne richtige Ansicht, daß auch eine Beteiligung ohne Waffen gefährlich genug ist um strafbar zu werden, wie sie im § 227 vertreten ist. Wollte man annehmen, die Vergehensstrafe sei nur für diejenigen Teilnehmer bestimmt, für die die Vermutung nicht widerlegt sei, daß sie zum Erfolg des Raufhandels beigetragen haben, so dürften die anderen Beteiligten, die zum Erfolg nachgewiesenermaßen nichts beigetragen haben, dem § 227 Abs. 1 nicht unterstellt werden. Die Folge wäre, daß nur die bewaffneten oder mit gefährlichen Werkzeugen ausgerüsteten Beteiligten mit der Übertretungsstrafe des § 367 Z. 10 belangt werden könnten, während die anderen straflos ausgehen müßten.[2]) Eine gänzliche Straflosigkeit ist aber für die Zuwiderhandlung gegen ein Verbot, wie es gegen den Raufhandel in Anbetracht seiner Gefährlichkeit in § 227 erlassen ist, nicht am Platze.

Erst wenn ein Übertretungstatbestand geschaffen wäre, wie er als Tatbestand des Raufhandelvergehens existiert, der ohne Unterscheidung von bewaffneter und unbewaffneter Beteiligung, jede Beteiligung unter eine Übertretungsstrafe stellte, ließe sich der Gedanke, der Zusammenhang zwischen der Beteiligung am Raufhandel und dessen Erfolg sei widerlegbar präsumiert, praktisch durchführen: Des Raufhandelsvergehens wäre schuldig, wer den Erfolg verursacht hat oder die Vermutung seiner Verursachung zu widerlegen

[1]) S. 40.

[2]) Siehe oben S. 41 Anm. 4.

nicht imstande ist, diejenigen Beteiligten dagegen, welche zum Erfolg nachweislich nichts beigetragen haben, wären wegen einer Raufhandelübertretung strafbar. Jede Beteiligung an einem Raufhandel wäre als reines Polizeidelikt mit Strafe bedroht. Die Verursachung von Tod oder schwerer Körperverletzung aber wäre nicht mehr äußere Bedingung der Strafbarkeit, sondern objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit.[1])

§ 7. Die Tatsache des begangenen Hauptdelikts im § 139 StGB.

Das Gebot Anzeige von dem Vorhaben eines in dem Katalog von § 139 aufgezählten Verbrechens, wenn jemand so rechtzeitig glaubhafte Kenntnis davon erhält, daß dadurch die Verbrechensverhütung noch möglich ist, an die Behörde oder die bedrohte Person zu machen, ist wie vielfach anerkannt wird,[2]) ebenfalls polizeilicher Natur. Diese Tatsache ist bedeutend für die Feststellung, welches Wesen für den Umstand angenommen werden muß, daß wegen unterlassener Anzeige nur gestraft werden kann, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist.

Es entspricht der Erfahrung, daß die Anzeige von dem Vorhaben eines Verbrechens geeignet ist in vielen Fällen das Verbrechen dadurch zu vereiteln, daß sich Maßregeln ergreifen lassen, die entweder der Unschädlichmachung des Verbrechers und damit der Verhütung des Angriffs oder dem Schutz des bedrohten Rechtsgutes gegen den Angriff dienlich sind. Eine unterlassene Anzeige birgt daher die Gefahr, daß sie die Verhütung von Verbrechen eben dadurch erschwert, daß sie hindert Gegenmaßregeln gegen das drohende Verbrechen zu ergreifen. Es ist also wohl zu begreifen, daß ein Staat ein solches für die Verbrechensbegehung förderliches Unterlassen der Anzeige bei Strafe verbietet. Andererseits stößt aber ein allgemeines Gebot, das für jede strafbare Handlung eine Anzeigepflicht statuiert, auf große Bedenken, nämlich auf die von Binding[3]) hervorgehobenen, daß dadurch „ein Volksgenosse zum

[1]) Das Nähere darüber siehe unten S. 56 ff.

[2]) Binding, Lehrb. 2 S. 681; Frank VII zu § 139 S. 262; Olshausen Nr. 12 zu § 139 S. 557.

[3]) Binding, Lehrb. 2 S. 671.

polizeilichen Wächter über den andern bestellt würde" und „daß jedem derselben eine Unmasse der schwierigsten Urteile zugemutet würden, nämlich darüber ob die Voraussetzungen der zu erstattenden Anzeige gegeben seien oder nicht." So erklärt es sich, wenn das geltende Recht eine Anzeigepflicht für bevorstehende strafwürdige Handlungen nur anerkennt, wenn ein im § 139 angeführtes Verbrechen begangen werden soll. Die Nichtanzeige eines verbrecherischen Vorhabens stellt objektiv eine Förderung des Verbrechens dar, man könnte an Beihilfe denken. Die strafrechtlichen Bestimmungen über die Beihilfe würden aber nicht ausreichen um ein Gebot der Anzeigepflicht daraus herzuleiten. Sollte ein strafrechtlicher Schutz dem durch ein Verbrechen der in § 139 erwähnten Art Bedrohten durch ein Verbot der Anzeigeunterlassung gewährt werden, so mußte dieses Verbot in einem selbständigen Tatbestand niedergelegt werden.

Die Anzeigeunterlassung kann eine negative Beihilfe sein. Dann ist sie eben eine Modalität der Beihilfe. Aber sie kann echte Beihilfe durch Unterlassung nur in bestimmten Fällen sein, nämlich nur, soweit eine Unterlassung einen Erfolg herbeiführen kann und soweit die Herbeiführung des vom Gesetz gemißbilligten Erfolges durch Unterlassung als durch Omission begangenes Kommissivdelikt strafwürdig erscheint.[1]) Demnach ist nur derjenige imstande eine im Sinne des Strafrechts echte Beihilfe zu einem der Verbrechen des § 139 zu begehen, der nicht nur Kenntnis hat von dem Vorhaben eines der dort aufgezählten Verbrechen, sondern auch seinen Teil zum Gelingen des Verbrechens durch Anzeigeunterlassung beitragen will, vorausgesetzt, daß für ihn eine Pflicht besteht, durch positives Handeln das von dem Verbrechen bedrohte Rechtsgut vor dem Verbrechen und seinem Erfolge zu schützen.[2]) Diese Pflicht kann eine Rechtspflicht sein, sei es auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Bindung, sie kann auch die Pflicht sein nach vorangegangenem Tun in komplementärer Weise weiterzuhandeln. Die Eltern eines Kindes, die von dem Vorhaben eines diesem drohenden Mordes wissen und dadurch den Mord fördern wollen, daß sie absichtlich die Anzeige unterdrücken, haben sich einer negativen

[1]) Frank I 2 zu § 49 S. 100; Meyer-Allfeld S. 248. R. Bd. 4 S. 885.

[2]) Näheres siehe Meyer-Allfeld S. 172.

Beihilfe schuldig gemacht, sobald feststeht, daß sie dadurch tatsächlich den Erfolg gefördert haben, daß ihre Anzeigeunterlassung etwas zur Tötung beigetragen hat. Unter derselben Voraussetzung kann auch ein Krankenwärter zum Morde eines Patienten, den er überdrüssig geworden ist, Beihilfe leisten. Steht aber fest, daß die Anzeigeunterlassung negative Beihilfe ist, dann trifft den Teilnehmer nur die Strafe der Teilnahme, seine Beihilfe konkurriert auch nicht idealiter mit der Nichtanzeige des Verbrechens, denn für den Teilnehmer existiert eine Verpflichtung zur Anzeige ebensowenig wie für den Täter.[1])

Wie der Gesetzgeber, der eine Verpflichtung zur Verbrechensanzeige anerkennen wollte, gezwungen war, zufolge des Versagens seiner Beihilfebestimmungen in den weitaus meisten Fällen, für sein Gebot einen neuen Tatbestand zu schaffen, ist ohne weiteres klar. Es bleibt aber zu zeigen, was alles durch die Schaffung des § 139 als Anzeigeunterlassung seiner Strafpflicht erreichbar geworden ist. Die Abhängigkeit der Strafbarkeit von dem Umstande, daß das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch begangen worden ist, bedeutet auch hier eine Einengung der Strafbarkeit der Anzeigeunterlassung, die in mancher juristischen Gestalt damit straflos bleibt. Doch ist auch jetzt noch eine Strafreserve für zahlreiche juristische Erscheinungsformen der Anzeigeunterlassung gegeben, die deutlich den Charakter der Nichtanzeige von Verbrechen als polizeiliches Delikt komplementärer Natur zu offenbaren geeignet ist.

I. Zunächst unterliegt der Bestrafung nach § 139 derjenige, der genau wie im Falle echter negativer Beihilfe die Absicht hat zur Förderung des Verbrechens durch Unterlassung der Anzeige beizutragen, der aber kein Teilnehmer im technischen Sinne deshalb ist, weil für ihn keine Verpflichtung besteht für die Integrität des bedrohten Rechtsgutes zu sorgen, dessen Unterlassung aber genau so die Gegenmaßregeln gegen das Verbrechen zu treffen verhindert hat wie die des echten Gehilfen. Durch die Aufstellung des Anzeigegebots wird er zu einem Gehilfen speziell der im Katalog von § 139 enthaltenen Verbrechen. Daß er durch die Schaffung der Anzeigepflicht Teilnehmer nach den allgemeinen Regeln über negative Beihilfe würde, läßt sich um der Tatsache willen nicht

[1]) Binding, Lehrb. 2 S. 676; Frank VI 2 zu § 139 S. 262; Olshausen Nr. 6 a α zu § 139 S. 555.

behaupten, daß die Anzeigepflicht noch keine allgemeine Fürsorgepflicht enthält, die allein Voraussetzung der Möglichkeit ist durch Unterlassung ein Kommissivdelikt zu begehen.[1]) Das Kriterium kann darin erblickt werden, daß § 139 keine Verbrechensverhütung verlangt. Andererseits ergibt sich auch die Absicht eine spezielle Beihilfe nach § 139 zu schaffen nicht nur aus der Möglichkeit Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren zu verhängen,[2]) sondern auch aus der Hervorhebung des Umstandes, daß zur Bestrafung der Nichtanzeige das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen sein muß. Für die Beihilfe als eine Art der akzessorischen Teilnahme ist es selbstverständlich, daß die Begehung der Haupttat oder wenigstens eines strafbaren Versuches Bedingung der Strafbarkeit des Teilnehmers ist. Der Gesetzgeber hat aber hier die Betonung dieser Selbstverständlichkeit notwendig erachten müssen um keinen Zweifel entstehen zu lassen, daß er die Unterlassung der Anzeige auch als eine Modalität einer speziellen Beihilfe erfassen will. Damit erklärt sich zum Teil die Tatsache, daß die Anzeigeunterlassung nur strafbar ist gegenüber dem Vorhaben einer strafwürdigen Handlung, die später begangen oder in strafbarer Weise versucht sein muß. Der für die Teilnahme selbstverständliche Umstand besagt, daß eine schuldhaft rechtswidrige Begehung eines Verbrechens oder eines Versuchs vorliegen muß, daß ein Verbrechen oder ein strafbarer Versuch aber auch dann gegeben sind, wenn ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt,[3]) daß sie dagegen nicht vorhanden sind, wenn es sich um Handlungen eines Geisteskranken handelt.[4]) Der zur Strafbarkeit der Anzeigeunterlassung erforderte Umstand der Begehung eines Verbrechens oder eines strafbaren Versuchs führt dazu eine Pflicht zur Anzeige gegenüber dem Verbrechensvorhaben eines Geisteskranken nicht gegeben zu erachten, obwohl die gleichen Erwägungen, die zur Aufstellung einer Anzeigepflicht geführt haben, vielleicht in erhöhtem Maße, wenigstens was die Unschädlichmachung des Täters anlangt, auch hier zu treffen. Dieser Mangel des § 139 kann auch nicht auf

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 230.

[2]) A. M. Frank VIII zu § 139 S. 262.

[3]) Beling, Verbrechen S. 83; Binding, Lehrb. 2 S. 683; Frank VIII zu § 139 S. 263; Olshausen Nr. 11 zu § 139 S. 557.

[4]) v. Liszt, Lehrb. S. 614; Olshausen Nr. 2 zu § 139 S. 554.

andere Weise etwa durch Annahme mittelbarer Täterschaft wieder gut gemacht werden. Seine Entstehung aber verdankt er vor allem der Tatsache, daß die Anzeigeunterlassung als spezielle Beihilfe in § 139 mitgetroffen werden soll und daß dazu die Strafbarkeit von einer strafbaren Haupttat abhängig gemacht werden mußte.

II. War aber im Gesetze die Bedingung der Begehung des Verbrechens oder eines strafbaren Versuchs für die Neuschaffung der Beihilfe nötig, so war sie für die im folgenden zu erwähnenden Fälle der Anzeigeunterlassung willkommen zu einer Einengung der Strafbarkeit der Unterlassung in den Fällen, wo ein Bedürfnis zur Bestrafung nicht besteht. Der Gesetzgeber will die schwierige und tiefeingreifende Beweisführung in denjenigen Fällen der Anzeigeunterlassung abschneiden, wo das Vorhaben eines Verbrechens wohl bestand, aber seine Ausführung unterblieben ist. Ein Prozeß gegen den wegen Anzeigeunterlassung Angeklagten müßte meist an der Unmöglichkeit des Beweises des Verbrechensvorhabens scheitern; ließe sich aber nachweisen, daß das Vorhaben bestand, so müßte ohne das Erfordernis der Strafbarkeit den Nichtanzeigenden eine Strafe treffen, während der andere trotz seines verbrecherischen Planes frei ausgehen müßte, da es entweder überhaupt nicht zur Ausführung, höchstens aber zu einem straflosen Versuch des Verbrechens gekommen wäre. So mußte die Bedingung gleichzeitig als Erkenntnismittel für das Verbrechensvorhaben[1]) und als Garantie dafür, daß der Nichtanzeiger nicht schlechter gestellt wird als der Verbrecher im Geiste, neben der selbstverständlichen Notwendigkeit für die spezielle Beihilfe in den § 139 aufgenommen werden. Aus der Absicht den Nichtanzeigenden straflos zu lassen, wenn das geplante Verbrechen straflos bleibt, ergibt sich, daß für die noch zu besprechenden Fälle unterlassener Anzeige, falls der Versuch des Verbrechens wegen Rücktritts straflos bleibt, ebenfalls Straflosigkeit anzunehmen ist.[2]) Daß die Aufnahme der erwähnten Voraussetzung der Strafbarkeit an der polizeilichen Natur des Delikts der Anzeigeunterlassung nichts geändert hat, beweist die Mannigfaltigkeit folgender dem § 139 unterliegender Fälle:

[1]) Frank VIII zu § 139 S. 262.

[2]) So Binding, Lehrb. 2 S. 682/83 und Olshausen Nr. 11 zu § 139 S. 557 allgemein; für die spezielle negative Beihilfe sollte aber im Falle des Rücktritts ein „strafbarer Versuch" trotz der Straflosigkeit des Täters vorliegen.

1. Es besteht die Möglichkeit den Versuch der Beihilfe, sei es der echten negativen Beihilfe sei es der speziell nach § 139 möglichen, der Bestrafung zu unterwerfen. Da es die Anzeigeunterlassung in erster Linie ist, die als tatbestandliche Handlung strafwürdig erscheint, kann auch der Nachweis, daß die Anzeigeunterlassung, trotz der Absicht des Unterlassenden durch sie zur Förderung des Verbrechens beizutragen, in einem speziellen Falle untaugliches Mittel war (etwa weil die Polizeibehörde oder der Bedrohte nicht in der Lage gewesen wäre das drohende Verbrechen auch bei rechtzeitiger Anzeige zu verhüten), den Unterlasser der Anzeige nicht vor Strafe schützen. Denn der Nachweis, daß die Anzeigeunterlassung keine Bedingung zum Erfolg gesetzt hat, beseitigt noch nicht das in dem Ungehorsam gegen das Gebot der Anzeige liegende Unrecht.

Außer den unter I. und II. 1. angeführten Fällen, die den Charakter der Begehung durch Unterlassung tragen, sind aber noch die in der Nichtanzeige steckenden reinen Unterlassungsdelikte der Bestrafung nach § 139 unterworfen. Hat sich bei den ersteren Fällen das Verschulden auf die Verbrechensverwirklichung erstrecken müssen, so ist bei dem reinen Unterlassungsdelikte ein Verschulden nur bezüglich der Anzeigeunterlassung erforderlich. Hierher gehört

2. die vorsätzliche Anzeigeunterlassung, bei der jemand trotz der ihm glaubhaften Kenntnis des Verbrechensvorhabens und trotz des Wissens, daß die Verbrechensverhütung noch möglich ist und daß Anzeigepflicht für ihn besteht, die Nichtbenachrichtigung der Behörde oder des Bedrohten will[1]) und zwar diejenige vorsätzliche Anzeigeunterlassung, die die Verbrechensbegehung gefördert hat.

3. Strafbar ist auch die fahrlässige dem Verbrechen förderlich gewesene Nichtanzeige. Die fahrlässige Begehung ist gerade wegen des polizeilichen Charakters dieses Deliktes strafbar,[2]) zumal auch nach Olshausen[3]) die Entstehungsgeschichte des § 139 einer derartigen Annahme nicht im Wege steht. Die fahrlässige Unterlassung wegen eines fahrlässigerweise nicht für Glaubhafthaltens der Kunde vom Verbrechensvorhaben zu bestrafen ist allerdings nicht unbedenklich; es würde dann dem Untertanen außer seiner

[1]) Binding, Lehrb. 2 S. 682.
[2]) Frank VII zu § 139 S. 262; Meyer-Allfeld S. 670.
[3]) Olshausen Nr. 12 zu § 139 S. 557.

Pflicht zur Anzeige noch eine Pflicht auferlegt, „Material als Grundlage seines Urteils darüber zu sammeln ob er eine ihm zugekommene Nachricht als glaubhaft halten solle oder nicht.“[1]) Unbedenklich ist dagegen die Annahme von strafbarer Fahrlässigkeit, wenn der Nichtanzeigende an die ihm zugekommene Nachricht geglaubt und sich in unentschuldbarer Weise darüber geirrt hat, daß die Verbrechensverhütung nicht mehr möglich sei.[2])

4. Die vorsätzliche und die fahrlässige Nichtanzeige ist auch dann strafbar, wenn sie offenbar nicht zur Verbrechensbegehung beigetragen hat. Der Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhangs schließt die Strafbarkeit nach § 139 nicht aus.

Zur Feststellung des Wesens des besonderen Umstandes, daß das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen sein muß, ist die Erkenntnis von dem Umfange des Tatbestandes des § 139 erforderlich. Dieser wurde lediglich in dem Unterlassen der Anzeige eines Verbrechensvorhabens erblickt und der Begehung des Verbrechens oder des strafbaren Versuchs die Zugehörigkeit zum Tatbestande abgesprochen. Es wurde dargestellt, welche Erwägungen dazu geführt haben die Aufnahme des besonderen zur Strafbarkeit erforderlichen Umstandes in den § 139 zu bewirken, daß aber eine Änderung des Verbrechensbildes des § 139 nicht beabsichtigt sein kann. *Die außertatbestandliche Natur dieses Umstandes bewirkt, daß nicht nur ein Nachweis eines darauf sich erstreckenden Verschuldens zur Strafbarkeit nicht erforderlich ist, sondern daß auch der Nachweis eines mangelnden Kausalzusammenhangs zwischen der Unterlassung und der Verbrechensbegehung die Strafe nicht ausschließt.* Mit dem Augenblick, wo das Verbrechen begangen oder in strafbarer Weise versucht wird, entsteht dem Staate ein Strafanspruch für die schuldhafte und rechtswidrige Anzeigeunterlassung. Bis zum Eintritt der genannten Ereignisse bleibt das Polizeidelikt straflos. Da der besondere strafbegründende Umstand tatbestandfremd und sein Eintritt an einen bestimmten Zeitpunkt nicht gebunden ist, ist er auch in § 139 als äußere Bedingung der Strafbarkeit zu bezeichnen. Wie die äußere Bedingung der Strafbarkeit im § 227_1 zeitlich der Vollendung der tatbestand-

[1]) Binding, Lehrb. 2 S. 674.

[2]) Frank VII 2 zu § 139 S. 262.

lichen Handlung vorausgehen konnte, so ist auch hier möglich, daß die Tatbestandserfüllung der Strafbarkeitsbedingung nachfolgt. Bei fortdauernden Delikten wird meist[1]) eine Anzeigepflicht auch dann noch anerkannt, wenn das Delikt zur Zeit der Kenntnisnahme bereits vollendet ist. (Zu den fortdauernden Delikten zählt das Reichsgericht[2]) auch die gemeingefährlichen Verbrechen bis zur Beseitigung der Gefahr.) In diesem Falle kann die Bedingung schon erfüllt sein zur Zeit der Kenntnisnahme und hat dann die Wirkung, daß jeder, der nachträglich die Kenntnis erlangt und Anzeige unterläßt, unbedingt strafbar wird. Für alle Nichtanzeigen ist von der Vollendung des Verbrechens ab dem Staat ein Strafanspruch zugesichert, der zur Entstehung kommt mit der Vollendung der Nichtanzeige d. h. in dem Augenblick, wo durch Anzeige eine Verbrechensverhütung nicht mehr möglich ist. Genau so verhält es sich mit der Entstehung des Strafanspruchs, wenn die Kenntnisnahme nach der Begehung eines strafbaren Versuchs, aber vor Eintritt des noch ausstehenden Erfolges von dem Nichtanzeigenden erlangt worden ist.[1])

Anhang.

Der § 154 Abs. 2 enthält als die Voraussetzung der Anwendung seiner Strafdrohung für die falsche eidliche Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen die Tatsache, daß der Angeschuldigte, zu dessen Nachteil in einer Strafsache das falsche Zeugnis oder Gutachten abgegeben wurde, zum Tode oder zu Zuchthaus oder zu einer andern mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Diese Voraussetzung ist keine Bedingung der Strafbarkeit und wird auch als solche nicht betrachtet. Dagegen hat sie Finger als symptomatisches Tatbestandsmerkmal bezeichnet und, da er auch die Strafbarkeitsbedingungen der §§ 139, 210 und 227 so bezeichnet, diesen als gleichartig zur Seite gestellt.[3]) Eine kurze Betrachtung dieser Strafvoraussetzung des § 154 Abs. 2 erscheint daher angebracht nicht nur zur Darlegung der Verschiedenheit der damit unter einen Begriff gebrachten Erscheinungen, sondern auch gleichzeitig zur Vorbereitung der nachfolgenden Darstellung des Wesens der äußeren Bedingung der Strafbarkeit.

---

[1]) Frank II zu § 139 S. 261; v. Liszt, Lehrb. S. 615; Meyer-Allfeld S. 669; Olshausen Nr. 2 zu § 139 S. 553.

[2]) E. Bd. 14 S. 214.

[3]) Finger, GoltdArch. 50 S. 49; Lehrb. S. 117.

§ 154 Abs. 2 ist derselben Untersuchungsmethode zugänglich wie sie bisher angewandt wurde um die Nichttatbestandlichkeit der zur Strafbarkeit erforderten Umstände darzutun. § 154 Abs. 2 enthält den Fingerzeig für die systematische Stellung des Meineids. Aus ihm ergibt sich, daß der Meineid nicht etwa gedacht ist als Verbrechen gegen die Religion, sondern als ein Angriff wider den Staat und seine Verwaltung, insbesondere gegen die Rechtspflege.[1]) Die Rechtspflege hat den Beweis zum Fundament, und da dieser durch Zeugen und Sachverständige geführt werden kann, sucht sich der Staat der Wahrheit deren Aussage durch den Eid zu versichern. Die eidliche Aussage gewinnt dadurch eine Wahrheitsvermutung, um derentwillen eine falsche eidliche Aussage für die Rechtsprechung eine große Gefahr bedeutet und zum größten Unrecht führen kann. Eine besondere Gefahr aber birgt die falsche eidliche Aussage im Strafverfahren. Hier wo es sich um lebendige Menschen handelt, gefährdet der Meineid Leben, Ehre und Freiheit.

Die Gefahr, daß der Meineid für eine so harte Bestrafung kausal wird, wie sie in der Strafvoraussetzung des § 154 Abs. 2 enthalten ist, besteht bei jeder nachteiligen falschen Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen. Soll der Zeuge oder Sachverständige wegen seines Meineides mit der Strafe des § 154 Abs. 2 getroffen werden, dann ist aber nicht erforderlich, daß sich das Verschulden auf die Verurteilung des Angeschuldigten zu den dort erwähnten harten Strafen erstreckt hat. Es genügt als Verschulden, daß der Schwörende das Bewußtsein gehabt hat, daß er zum Nachteil des Angeschuldigten unter Eid eine falsche Aussage oder ein falsches Gutachten erstatte. Denn wer dies in der Absicht tut zu einer Verurteilung des Angeklagten zum Tod oder zu langjähriger Freiheitsstrafe beizutragen, der macht sich, wenn es zu einem solchen Urteil kommt und wenn das ungerechte Urteil vollstreckt wird, eines in Idealkonkurrenz mit Meineid begangenen Mordes oder einer mit Meineid idealiter konkurrierenden schweren Einsperrung schuldig.[2]) Zur Verwirklichung seiner Absicht bedient er sich des Appa-

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 599; Meyer-Allfeld S. 662; Olshausen S. 588; a. M. Binding, Lehrb. 2 S. 131.

[2]) A. M. Binding, Lehrb. 2 S. 159; für beide Verbrechen koinzidieren aber nicht die Ursachen, sondern der Meineid fällt zusammen mit der einzigen Handlung der mittelbaren Täterschaft, dem Anlaßgeben zum Handeln Anderer.

rates von Richtern und Vollstreckungsbeamten, die er durch Irrtumserregung zu Werkzeugen seiner Pläne gemacht hat. Kommt es aber nicht zur Vollstreckung, so konkurrieren versuchte Tötung oder Einsperrung mit dem Verbrechen des Meineides des § 154 Abs. 1. Für diese Fälle ist der § 154 Abs. 2 überflüssig.

Der § 154 Abs. 2 ist da um die Fälle zu treffen, wo sich das Verschulden auf die harte Bestrafung nicht erstreckt hat, die Verurteilung zum Tode oder zu langjähriger Freiheitsstrafe ist, wie meist gelehrt wird,[1]) kein Tatbestandsmerkmal.

Der Unterschied zwischen der Bedingung des § 154 Abs. 2 und den äußeren Bedingungen der Strafbarkeit zeigt sich auch nicht auf der Verschuldensseite, sondern auf dem Gebiet der Verursachung. Für den § 154 Abs. 2 ist der Ansicht Blumes[2]) und Franks[3]) insoweit zuzustimmen, als sie dessen Strafe nicht eintreten lassen wollen, wenn die harte ungerechte Strafe nachweislich nicht zurückzuführen ist auf die falsche Aussage. Aber soviel Rücksicht soll der Beweisschwierigkeit hier nicht einmal zuteil werden, daß der Kausalzusammenhang so lange präsumiert werde, bis sich Anzeichen für das Nichtvorhandensein desselben ergeben, sondern es soll die Prüfung des Kausalzusammenhanges erste Pflicht sein und die Strafe des § 154 Abs. 2 nur da ausgesprochen werden, wo er sich hat erweisen lassen (zu beachten wäre, daß diese Prüfung durch Aufnahme eines Urteils über den Grad der Beachtlichkeit von Zeugenaussagen in den Gründen eines verurteilenden Erkenntnisses erleichtert werden könnte). Wo die Strafe des § 154 Abs. 2 wegen mangelnder Kausalität nicht Platz greift, da tritt ja nicht Straflosigkeit ein, sondern die wissentlich falsche eidliche Aussage tritt als solche nunmehr ohne Rücksicht auf einen Erfolg der in Abs. 2 erwähnten Art unter den Zuchthaus bis zu 10 Jahren androhenden § 154 Abs. 1.[4]) [5])

---

[1]) Vgl. Olshausen Nr. 12c zu § 154 S. 599.

[2]) Blume S. 40ff.

[3]) Frank VI zu § 154 S. 281.

[4]) Anders die herrschende Meinung.

[5]) Einen Hinderungsgrund bildet nicht die Tatsache, daß nach Abs. 2 die falsche Aussage zum Nachteil des Angeschuldigten erfolgt sein muß; denn das ist kein straferhöhender Umstand, sondern eine Selbstverständlichkeit: eine andere Aussage kann nicht zu einer Verurteilung führen.

Bei den §§ 139, 210 und 227 war es nicht möglich in dieser Art auf die Frage der Verursachung Rücksicht zu nehmen. Ist einmal die als Erfolg denkbare Strafbarkeitsbedingung eingetreten, dann muß die Strafe auch eintreten, wenn Handlung und Erfolg nachweislich nicht im Zusammenhang stehen. Denn das strafwürdige polizeiliche Unrecht soll ohne Rücksicht auf einen Erfolg als solches straflos nicht ausgehen dürfen. Nur innerhalb ein und desselben Strafrahmens kann bei den mit Strafbarkeitsbedingungen ausgestatteten Strafgesetzen dem Maß der Verursachung Rechnung getragen werden. Für den Meineid dagegen stehen zwei Strafrahmen zur Verfügung. Abs. 2 ergreift nur die Fälle, wo auch wirklich die harte Verurteilung auf die falsche eidliche Aussage sich zurückführen läßt, er enthält das durch den Erfolg qualifizierte Verbrechen des § 154 Abs. 1. Bei den Strafgesetzen mit äußeren Bedingungen der Strafbarkeit ist die Strafe der einfachen und der qualifizierten Form des Delikts im selben Strafrahmen enthalten.

Die Einreihung des straferhöhenden Umstandes in § 154 Abs. 2 in die symptomatischen Tatbestandsmerkmale entspricht dem von Finger aufgestellten Unterschied von objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit und symptomatischen Tatbestandsmerkmalen und den von ihm angeführten Unterscheidungsmerkmalen. Beide Momente gehören nach seiner Ansicht zum Tatbestand und unterscheiden sich auf doppelte Weise:

1. Der Nachweis der kausalen Beziehung zwischen der Handlung und den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit ist Voraussetzung der Anwendung der bezüglichen Gesetzesbestimmung; der Nachweis einer kausalen Beziehung zwischen der Handlung und den zu Symptomen erhobenen objektiven Momenten darf fehlen.

2. Wenn bei den durch den Eintritt eines Erfolgs beschwerten Verbrechen die Absicht auf den straferhöhenden Erfolg gerichtet ist, ist ein anderer strafbarer Tatbestand oder ein Fall von Konkurrenz gegeben; ist dagegen die Absicht auf den im Symptom bezeichneten Erfolg gerichtet, so ist hiedurch der Tatbestand eines anderen Verbrechens nicht gegeben.[1])

Werden diese Unterscheidungsmerkmale auf den § 154 Abs. 2 nach der oben vertretenen Auffassung dieser Strafbestimmung ange-

[1]) Finger, Lehrb. § 22 III 3 S. 117.

wandt, dann ergibt sich, daß darnach der von Finger als symptomatisches Tatbestandsmerkmal bezeichnete Umstand hier als objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit erscheint. Denn erstens wurde oben der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen der falschen eidlichen Aussage und der Verurteilung zu den harten Strafen verlangt. Ferner wurde angenommen, wenn sich die Absicht auf die Verurteilung und damit auch auf die Vollstreckung gerichtet hatte (wer sich die Verurteilung vorstellt, der stellt sich auch die Vollstreckung vor und nimmt den einen Erfolg nicht ohne den andern in seinen Willen auf), dann sei ein Konkurrenzfall von Tötung oder Einsperrung und Meineid gegeben.

Tatsächlich ist die Bedingung in § 154 Abs. 2 eine objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit. Die von uns als äußere Bedingungen der Strafbarkeit in Anspruch genommenen Fingerschen symptomatischen Tatbestandsmerkmale und die auch hier Anerkennung findende objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit unterscheiden sich nicht durch zwei Merkmale, sondern nur durch ein einziges:

Das Kriterium ist nicht darin zu erblicken, daß, wenn sich die Absicht auf den zufällig in beiden Bedingungen steckenden Erfolg richte, bei den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit ein anderer Tatbestand oder ein Fall von Konkurrenz gegeben sei, bei den äußeren Bedingungen der Strafbarkeit dagegen nicht. Denn es kann in beiden Bedingungen im Falle des beabsichtigten Erfolges ein anderer Tatbestand oder ein Konkurrenzfall vorliegen. Beabsichtigte der Teilnehmer am Raufhandel einen Totschlag, so liegt, wenn sich bezüglich des Totschlags Kausalität, Schuld und Rechtswidrigkeit nachweisen lassen, Idealkonkurrenz von Tötung und Raufhandel vor. Dieses Unterscheidungsmerkmal hat wohl auf die von Finger vertretene Anschauung bezüglich seiner symptomatischen Tatbestandsmerkmale und ihrer dazu gehörigen Delikte gepaßt, aber es paßt nicht auf die äußere Bedingung der Strafbarkeit.

Dagegen besteht der Unterschied, wie er von Finger sub 1 angeführt wurde, auch hier. Die Kausalität zwischen der Handlung und der äußeren Bedingung der Strafbarkeit braucht nicht gegeben zu sein; beim Vorliegen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit tritt die Bestrafung auch dann ein, wenn die als Erfolg denkbare Tatsache, die in der Bedingung enthalten ist, nicht vom Täter ver-

ursacht ist. Dagegen ist der Nachweis der kausalen Beziehung zwischen der tatbestandlichen Handlung und dem in der objektiven Bedingung erhöhter Strafbarkeit liegenden Erfolg Voraussetzung der Anwendung der betreffenden Strafbestimmung. Erklären läßt sich dieser Unterschied aus dem Inhalt der zu beiden Bedingungen gehörigen Tatbestände. Die Tatbestände, die in ihrer Strafbarkeit durch den Erfolg qualifiziert werden, entwerfen Bilder von Verletzungs- und Gefährdungshandlungen (wenn auch nur in der Anerkennung abstrakter Gefahr), deren Verwirklichung der Staat immer und ohne weiteres zu strafen sich verpflichtet hält, auch dann, wenn der durch sie verursachte bestimmte schwere Erfolg nicht eintritt. Die Tatbestände dagegen, deren Verwirklichung durch den Eintritt der Strafbarkeitsbedingung erst strafbar wird, enthalten Delikte, deren Bestrafung bedingungslos durchzuführen für den Staat ein Interesse nicht besteht. Im Strafgesetzbuch wird das Interesse an der Bestrafung des minder strafwürdigen polizeilichen Unrechts erst als genügend vorhanden erachtet beim Eintritt des in der äußeren Bedingung der Strafbarkeit liegenden möglichen Erfolges der Handlung.[1]) Das Bedürfnis der Strafbarkeit kann aber auch erst gegeben sein beim Vorliegen oder Eintritt eines Umstandes, bei dessen Gegebensein die Gefährlichkeit einer Handlung sich erst richtig offenbart und die Handlung sich als konkrete Gefährdung oder Verletzung entpuppt. Als solches Erkenntnismittel für die Gefahr, bald aber auch wieder als möglichen Erfolg stellt sich die äußere Bedingung der Strafbarkeit der §§ 239 und 240 KO. dar: die Zahlungseinstellung oder die Konkurseröffnung.[2]) Würde einmal ein Interesse für bedingungslose Bestrafung eines mit einer äußeren Bedingung der Strafbarkeit ausgestatteten Deliktes anerkannt und ein solches läßt sich für einzelne Delikte denken, würde z. B. die Anreizung zum Zweikampf auch ohne Stattfinden desselben für strafbar erklärt, dann fiele der einzige Unterschied, der jetzt zwischen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit und der objektiven Bedingung

[1]) Näheres siehe unten § 8 II.

[2]) Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung sind nicht bloß, wie Frank S. 657 und Meyer-Allfeld S. 532 annehmen, Symptome von der Verletzung oder Gefährdung der Gläubiger, sondern auch Erkenntnismittel für die Gefährlichkeit der Bankrotthandlungen, deren Bestrafung nachzuholen damit ein Interesse entsteht.

erhöhter Strafbarkeit besteht, hinweg; für die Anreizung zum Zweikampf als solche wäre dann eine Strafdrohung geschaffen, die äußere Bedingung der Strafbarkeit würde verschwinden und würde, wenn eine schärfere Strafdrohung für eine kausale Wirkung der Handlung angezeigt wäre, als objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit neu auferstehen. Ein innerer Grund trennt beide Bedingungen deshalb nicht, weil sie beide dem Verbrechenstatbestand nicht angehören.

§ 8. Das Wesen der sog. äußeren Bedingung der Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch.

I.

Zur Bestimmung des Wesens der Strafbarkeitsbedingung ist zunächst die Fassung der Strafgesetze heranzuziehen, die eine solche enthalten. Da heißt es z. B. in § 210: „Wer einen Andern zum Zweikampf mit einem Dritten, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung, anreizt, wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, ... bestraft." Wie in jedem Strafgesetz wird eine Handlung oder (vgl. § 139) eine Unterlassung für strafbar erklärt und dem Staat dafür ein Strafrecht zugesichert. Nur entsteht das Strafrecht nicht ohne weiteres mit der Begehung der Handlung oder mit der Unterlassung, sondern es wird abhängig gemacht von einem Umstand oder einem Ereignis. Handlung oder Unterlassung genügen allein nicht zur Erzeugung des Strafanspruchs.

Zum besonderen Gesetzestatbestand gehört aber nur die Handlung oder die Unterlassung. Das Ereignis, von dem die Strafbarkeit abhängig gemacht ist, gehört nicht zum Tatbestand, es braucht sich daher ein Verschulden des Täters auf diesen Umstand ebensowenig zu erstrecken, wie auf die Strafbarkeit selbst, so daß nicht einmal der Vorwurf erforderlich ist, der Täter hätte sich den Eintritt des Ereignisses wenigstens vorstellen können. Da der besondere Umstand das Strafinteresse des Staates an einzelnen Handlungen dokumentiert und im Strafgesetzbuch als möglicher Erfolg der Tatbestandsverwirklichung auftritt, läßt er sich nicht beliebig zu allen Tatbeständen hinzufügen, einer Reihe von Einzel-

tatbeständen kann das strafbegründende Ereignis dagegen sehr wohl angehören.

Seiner Fassung nach ist das Ereignis stets positiv d. h. das Gesetz verlangt den Umstand zur Strafbegründung. Niemals sagt ein Strafgesetz, das eine äußere Bedingung der Strafbarkeit enthält, die Strafe sei beim Nichteintritt oder beim Nichtvorliegen eines Umstandes ausgeschlossen, sondern immer wieder tritt die gleiche Form auf: Wer das tut oder das unterläßt, wird, wenn dieser Umstand gegeben ist, auf diese Weise bestraft.

In zeitlicher Hinsicht ist der äußeren Bedingung der Strafbarkeit eine Beschränkung oder eine Fixierung auf einen bestimmten Zeitpunkt fremd. Der Eintritt des strafbegründenden Ereignisses kann der Tatbestandsverwirklichung nachfolgen, das wird meist der Fall sein. Er kann aber auch begleitender Umstand sein. Es sei nur erwähnt, daß sich der Teilnehmer am Raufhandel gleich mit einem Totschlag beteiligen kann oder daß im Augenblick der Beteiligung des einen ein anderer den in § 227 verlangten Erfolg herbeiführt. Das strafbegründende Ereignis kann auch der Tatbestandsverwirklichung zeitlich vorangehen. Diese Möglichkeit wurde sowohl bei der äußeren Bedingung der Strafbarkeit des § 227[1]) wie bei der des § 139[2]) festgestellt. In den Fällen, wo der Umstand so frühzeitig vorliegt, daß noch tatbestandliche Handlungen nachfolgen können, ist für die Strafbarkeit dieser sämtlichen nachfolgenden Tatbestandsverwirklichungen der Boden geschaffen. Das vorhergehende Ereignis macht die späteren Handlungen bedingungslos strafbar. Wie es der Strafbarkeitsbedingung wesentlich ist, daß ein fester Zeitpunkt ihres Vorhandenseins fehlt, daß sie fluktuiert, so ist ihr auch eigentümlich, daß das Ereignis, wenn es zu irgend einer Zeit einmal eingetreten ist, nicht für längere Zeit vorzuliegen braucht; die Strafbarkeitsbedingung hat kein zeitliches Geltungsgebiet. Hauptsächlich durch den Mangel eines fixierten Zeitpunktes des Vorhandenseins unterscheidet sich die Strafbarkeitsbedingung von dem Strafausschließungsgrund und nicht durch die Tatsache, daß die erstere immer positiv, der Strafausschließungsgrund dagegen meist negativ gefaßt ist.[3]) Durch die

[1]) Oben S. 42.
[2]) Oben S. 52.
[3]) Beling, Verbrechen S. 55.

zeitliche Fixierung unterscheidet sich zum Teil auch der Strafaufhebungsgrund von der äußeren Bedingung der Strafbarkeit. Der Strafausschließungsgrund muß zur Zeit der Handlung vorliegen, nur in diesem Falle schließt er die Strafbarkeit der Handlung oder des Täters aus, sein späterer Eintritt hat diese Wirkung nicht. Der Strafaufhebungsgrund ist zeitlich insofern fixiert, als er nicht zur Zeit der Handlung vorliegen kann. Wegen ihrer zeitlichen Fixierung wurde oben die Strafbarkeitsvoraussetzung des § 4 Nr. 3 nicht als Strafbarkeitsbedingung angesehen, die auch noch ein zeitliches Geltungsgebiet insofern haben muß als Anfang und Ende des Vorhandenseins der ausländischen Strafdrohung mindestens über Handlung und Aburteilung hinaus fixiert sein müssen.[1])

Die Bedingung der Strafbarkeit macht, wenn sie vorhanden ist, nicht etwa eine tatbestandsmäßige schuldhafte Handlung rechtswidrig, sondern sie knüpft an eine tatbestandliche schuldhafte und rechtswidrige Handlung die Strafe. Das Vorhandensein der Bedingung erzeugt dem Staate das Strafrecht, d. h. das Recht die unter ihrer Voraussetzung angedrohte Strafe zu verhängen. Die äußere Bedingung der Strafbarkeit ist anspruchserzeugende Tatsache, aber nicht allein, sondern zusammen mit der tatbestandlichen schuldhaften und rechtswidrigen Handlung und steht in ihrer Bedeutung für die Erzeugung des Strafanspruchs dieser nach.[2])

Die äußere Bedingung der Strafbarkeit gehört zu den Verbrechensmerkmalen im Sinne Belings und zwar zu den Strafdrohungsbedingungen.[3]) Steht ihr endgültiges Ausbleiben fest, so ist ein Verbrechen trotz aller sonst vorhandenen Merkmale nicht vorhanden; ist ihr Eintritt noch möglich, so ist bis zum Eintritt eine strafbare Handlung nicht gegeben. Solange also die äußere Bedingung der Strafbarkeit nicht eingetreten ist, hat sie dieselbe Wirkung wie ein sachlicher Strafausschließungsgrund.

Definieren läßt sich demnach die äußere Bedingung der Strafbarkeit für das Strafgesetzbuch folgendermaßen:

„Äußere Bedingung der Strafbarkeit ist ein nicht

[1]) Oben S. 9.
[2]) Beling, Verbrechen S. 67.
[3]) Beling, Verbrechen S. 51 ff.

zum Tatbestand gehöriger, als Erfolg von dessen Verwirklichung denkbarer, in ein Strafgesetz aufgenommener Umstand, mit dessen jederzeit möglichem Eintritt dem Staat das Recht entsteht, die in diesem Strafgesetz auf die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung angedrohte Strafe zur Anwendung zu bringen."

Die Bezeichnung der genannten Erscheinung als äußere Bedingung der Strafbarkeit hat neben dem Vorzug des Alters und weit verbreiteter Gebräuchlichkeit noch den Vorteil, daß sie den Mangel der Zugehörigkeit zum Tatbestande scharf ausdrückt. Die Bezeichnung als symptomatisches Tatbestandsmerkmal würde mit der Tatbestandsfremdheit der Bedingung in Widerspruch stehen. Daß bei der äußeren Bedingung der Strafbarkeit nicht an eine Bedingung im streng juristischen Sinne gedacht werden darf, ist nach der Schilderung ihres Wesens ohne weiteres klar.

II.

Über die Entstehung eines so merkwürdigen Bestandteils einiger Strafgesetze läßt sich in Kürze nur soviel sagen: Die Strafgesetze selbst, denen sie angehören, verdanken ihre Entstehung der Erfahrung, daß gewisse Rechtsgüter gegen gewisse Handlungen noch eines weiteren Schutzes bedürfen als er ihnen durch die Hauptgebote und -verbote eines einfachen Strafrechts gewährt wird. Ein Verbot einen Menschen zu töten reicht nicht aus um das menschliche Leben gegen alle Verletzungen oder Gefährdungen sicher zu stellen. Gewissen Handlungen wohnt eine Gefahr inne für das Leben und trotzdem müßten sie, auch wenn die Tötung bei Strafe verboten ist, straflos bleiben. Ebenso ist es bei andern Rechtsgütern. Die gefährlichen Handlungen können selbständig die Verursachung von Erfolgen werden oder auf dem Weg der Teilnahme. Entweder sind sie als selbständige Tat oder als Teilnahme oder als Versuch nicht belangbar, wenn nicht ein eigenes Verbot für diese Handlungen ergeht, das die schon bestehenden wichtigsten und allgemeinen Strafgesetze zum Schutze eines bestimmten Rechtsgutes ergänzt. Ein Interesse muß den Gesetzgeber leiten solche gefährliche Handlungen oder Unterlassungen zu verbieten, das seine Grenze an der Not-

wendigkeit des täglichen Lebens findet. Nur die nicht erforderliche gefährliche Handlung kann unter ein Verbot gestellt werden. Was aber ein Staat verbietet, das braucht er nicht immer zu bestrafen. Für die Frage der Strafbarkeit müssen neue Interesseerwägungen vorgenommen werden. Es kann sich vorteilhafter erweisen eine Handlung nur unter gewissen Voraussetzungen zu bestrafen, unter anderen Umständen wieder straflos zu lassen. Es kann angezeigt sein nur unter Bedingungen zu strafen. Eine Bedingung bedeutet immer eine Einengung; wo es an ihr fehlt, tritt die Strafe nicht ein. Aber an dieser Einengung kann ein größeres Interesse bestehen als an einer bedingungslosen Strafbarkeit. Es können sich große Beweisschwierigkeiten ergeben, die eine Verschwendung von Zeit und Kraft mit sich bringen, ohne daß es in jedem Falle gelingen würde sie zu lösen. Bei der Nichtanzeige von Verbrechen zeigt es sich am deutlichsten. Ohne die dem § 139 hinzugefügte Bedingung bestände nicht nur die auch noch nach ihrer Hinzufügung verbliebene Schwierigkeit, die Kenntnis des Vorhabens zu beweisen, es müßte auch noch das Vorhaben bewiesen werden und ein Verbrechensplan, der noch keine allgemein wahrnehmbare Kundgebung in der Außenwelt gefunden hat, ist ein schwieriger Beweisgegenstand. Daß auch der Staat direkt ein Interesse daran haben kann unter Umständen nicht zu strafen, beweist derselbe § 139. Er müßte seinen Organen außer der Fahndung nach geschehenen Verbrechen und deren Sühnung auch noch die Fahndung nach verbrecherischer Gesinnung zumuten. Ein Untertan bekäme die Polizeigewalt über den andern, die Beunruhigung würde kein Ende nehmen und mit der Zahl der Verdächtigungen wachsen. Die Bedingung der Strafbarkeit kann einengen und ihr Inhalt kann damit Erkenntnismittel für den Prozeß werden. Ihr Inhalt kann aber auch den Tatbestand erweitern, nicht in dem Sinne, als ob jetzt eine andere Tätigkeit oder Untätigkeit strafbar würde, sondern so, daß dieselben Handlungen in mannigfachen juristischen Erscheinungsformen der Strafe unterworfen werden können. Ihr Inhalt gibt dem Tatbestande die Beziehung, um derentwillen seine Verwirklichung gestraft wird. Indem die Bedingung der Strafbarkeit sich in Form und Inhalt der Voraussetzung jeder akzessorischen Teilnahme anzupassen versteht, dehnt sich die Strafmöglichkeit erst aus auf sonst nicht belangbare Teilnahme und auf Teilnahmeversuch

und neben der einfachen Begehung oder Unterlassung kann die strafwürdigere Teilnahmeabsicht der Strafbarkeit erreichbar werden.

Freilich können sich sofort mit der Aufnahme einer Strafbarkeitsbedingung auch Mängel zeigen. Zunächst durch die Einengung der strafbaren Handlungen. Die weitaus beste der Strafbarkeitsbedingungen ist die des § 139. Mit Rücksicht auf ihren praktischen Wert hat sie auch bei den Anzeigepflichten des Spionagegesetzes, Sprengstoffgesetzes und des Militärstrafgesetzbuchs (§§ 60, 77, 104) Aufnahme gefunden. Bei dieser Bedingung hindert aber die starre Form, die Anzeigeunterlassung gegenüber dem Verbrechensvorhaben eines Geisteskranken zu bestrafen. Die Strafbarkeitsbedingung des § 210 läßt die Anreizung zu einem nicht zustande gekommenen Zweikampf straflos ausgehen. Überhaupt läßt sich die Strafbarkeitsbedingung in § 210 nicht sonderlich empfehlenswert halten, entweder hat sich der Gesetzgeber über sein Interesse geirrt oder er hat die Beweisschwierigkeit im Falle der wegen Nichtstattfindens des Zweikampfs fehlgeschlagenen Teilnahme für größer gehalten als bei der Anreizung zu einem zustande kommenden Zweikampf, eine Annahme, die ebenfalls irrtümlich wäre.

Der größte Nachteil der äußeren Bedingungen der Strafbarkeit, deren Inhalt als Erfolg der Handlung denkbar ist, ruht in der Kausalitätsfrage. Der Zweifel, ob zwischen der Tatbestandsverwirklichung und dem Erfolg als Bedingungsinhalt Kausalzusammenhang bestehen müsse, hängt schon von vorneherein mit der äußeren Fassung zusammen. Es ist also erst eine Untersuchung nötig um festzustellen, daß Kausalzusammenhang nicht erforderlich ist. Steht aber fest, daß sich die Handlung zum Erfolg nicht wie Ursache zur Wirkung zu verhalten braucht, so ist doch andererseits festzustellen, daß sich die Handlung zur Bedingung so verhalten kann. Die kausale oder die nichtkausale Handlung stehen damit in einem Strafgesetz unter einer Strafdrohung. Wenn schon die Strafe ohne den Nachweis des Verschuldens gefällt wird, so soll sie wenigstens nach dem Maße des Beitrags zum Erfolg gefällt werden. Daß die Strafe unter derselben Strafdrohung für die nicht kausal gewordene Handlung schwerer ausfällt, als sie ausfallen würde, wenn dieselbe Handlung als einfache Begehung unter eigene Bestrafung gestellt wäre, beweist die Beteiligung am Raufhandel am besten. Hat sich jemand ohne Waffe am Rauf-

handel beteiligt, nachdem der schwere Erfolg eingetreten war, dann hat er sicher nichts zu diesem beigetragen und kann doch mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft werden. Hätte er sich mit einem Messer an einem anderen Raufhandel beteiligt, bei dem glücklicherweise die schweren Erfolge ausbleiben, dann stände ihm nur höchstens eine Haftstrafe bis zu 6 Wochen bevor. Eine Lösung dieser Frage könnte, wie schon gelegentlich angedeutet wurde,[1]) darin erblickt werden, daß man die Tatbestände mit ihren Strafbarkeitsbedingungen und Strafdrohungen beibehielte, aber auch die Begehung des seiner Natur nach polizeilichen Deliktes als solche ohne Bedingung als strafbar erklärte, allerdings mit niedrigerer Strafdrohung, und dieser dann alle nicht kausal gewordenen Handlungen unterstellte. Damit würde die Strafbarkeitsbedingung in eine Bedingung erhöhter Strafbarkeit übergehen, die Prüfung nach dem Kausalzusammenhang würde notwendig und die Strafe nach dem Erfolg abgestuft. Für die §§ 210 und 227 Abs. 1 könnte diese Änderung nützlich sein. So lange das aber nicht der Fall ist, muß der Mangel wenigstens durch eine gerechte Strafausmessung ausgeglichen werden. Wo eine äußere Bedingung der Strafbarkeit einen möglichen Erfolg in sich schließt, da soll sich der Richter der Prüfung der Kausalitätsfrage unterziehen und seiner Überzeugung von dem Vorhandensein eines kausalen Zusammenhanges oder von dessen Fehlen in der Strafe Ausdruck verleihen.

Eine reine Erfolgshaftung wird, wo es sich um einen wirklichen Erfolg der Tatbestandsverwirklichung handelt, bei der äußeren Bedingung der Strafbarkeit ebenso selten als bei den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit vorliegen. Denn wie schon einmal erwähnt,[2]) wird der Erfolg wenigstens fahrlässigerweise in vielen Fällen insofern verschuldet sein als es der Täter schuldhaft unterlassen hat, die generelle Tendenz seiner Handlung für den Erfolg kausal zu werden sich vorzustellen. Binding hat für die Bedingungen der §§ 139, 227 Abs. 1 und 210 angenommen, es sei hier der Kausalzusammenhang präsumiert[3]) und zwar in unwiderleglicher Weise.[4]) Da der Nachweis des Verschuldens für

[1]) Oben S. 44 u. 45, 57 u. 58.
[2]) Oben S. 44.
[3]) Handb. S. 591.
[4]) Lehrb. 2 S. 682.

diese Bedingungen ebenfalls nicht erfordert werden darf, andererseits aber vielfach ein Verschulden vorliegen wird, bestünde ebensoviel Berechtigung, für die äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im Strafgesetzbuch eine unwiderlegliche Präsumtion der Schuld anzunehmen, eine Annahme, für die ein Bedürfnis nicht besteht und die auch einen Gewinn nicht bedeuten würde.

III.

Aus der Auffassung der äußeren Bedingung der Strafbarkeit als eines nicht zum Tatbestand gehörigen Umstandes, dessen jederzeit möglicher Eintritt für die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung dem Staat einen Strafanspruch erzeugt, ergeben sich Konsequenzen sowohl für das materielle Strafrecht wie für den Strafprozeß.

Die Teilnahme an einer der Handlungen oder Unterlassungen der §§ 139, 210 und 227 bleibt straflos, wenn diese selbst wegen Nichteintritts der Bedingung straflos bleiben,[1]) denn das Feststehen des Nichteintritts der Bedingung hat für die Tat die Bedeutung, daß sie in keiner Hinsicht den Charakter einer strafbaren Handlung erlangt. Solange aber der Eintritt der Bedingung noch möglich und damit die Strafbarkeit der Haupttat noch in der Schwebe ist, so lange ist es auch noch unentschieden, ob ein Strafanspruch gegen den Teilnehmer entsteht. Für die Mittäterschaft als Mitbegehung der Handlung versteht sich das von selbst. Für Beihilfe und Anstiftung aber erklärt es sich daraus, daß sie zu Handlungen in Beziehung stehen, die schon alle Deliktsmerkmale an sich tragen und daß sie zufolge ihrer akzessorischen Natur das rechtliche Schicksal der Haupttat teilen. Der Eintritt der Bedingung erzeugt auch für sie den Strafanspruch. Gerade durch die Strafbarkeitsbedingungen wird für die Teilnahme im erweiterten Umfang die Strafbarkeit erleichtert; indem nämlich als Teilnahme denkbare Handlungen in den §§ 139 und 210 zum delictum sui generis erhoben sind, bietet sich die Möglichkeit, Teilnahme an den hier vertypten Teilnahmehandlungen ohne Schwierigkeit zu belangen. Die Teilnahme darf nicht nach der Vollendung der Handlung des Täters erfolgen. Eine nach Begehung der Handlung,

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 197; Meyer-Allfeld S. 267.

wenn auch vor Eintritt der Bedingung, geleistete Unterstützung ist keine Teilnahme mehr.[1]) Für die Erzeugung des staatlichen Strafanspruchs ist die Handlung das wichtigere Moment und nicht die Bedingung der Strafbarkeit, die Handlung ist es ja, die strafbar wird. Die Handlung allein ist Tatbestandserfüllung und Teilnahme ist nur möglich an der Tatbestandsverwirklichung und bis zur Vollendung derselben. Die nach der Handlung erfolgende Unterstützung kann aber Begünstigung sein.[2]) Soll jedoch die nach der Handlung, aber vor Eintritt der Bedingung geleistete Unterstützung als Begünstigung strafbar werden, so muß die übliche Vorsatzdefinition der Begünstigung, das Bewußtsein, daß der Täter eine strafbare Handlung begangen habe, die sich als Verbrechen oder Vergehen darstelle,[3]) eine Abänderung erleiden; auf der Vorstellungsseite muß verlangt werden, daß der Begünstiger weiß, daß der Täter eine „möglicherweise strafbar werdende" Handlung begangen hat. Der Begünstiger muß demnach auch Kenntnis von der Möglichkeit des Eintritts der Strafbarkeitsbedingung haben und nicht bloß von der Handlung. Tritt die Bedingung nicht ein, so wird, da die Haupthandlung eine strafbare Handlung nicht ist, auch eine strafbare Begünstigung nicht möglich. Wird aber die Haupttat strafbar, so wird es auch die Begünstigung aus demselben Grunde wie die akzessorische Teilnahme.

Für die falsche Anschuldigung hat die Strafbarkeitsbedingung aus dem Grunde Bedeutung, weil bei ihrem Nichteintritt eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist. Falsche Anschuldigung liegt also nicht vor, wenn der Anzeigende das Nichtvorliegen der Bedingung in seiner Anzeige ausdrücklich erwähnt.[4]) Denn es fehlt dann an einer Beschuldigung, die geeignet wäre, eine strafrechtliche Verfolgung zu veranlassen. In dem Verschweigen des Nichtvorliegens der Bedingung kann dagegen die Unrichtigkeit der Anschuldigung liegen.[5])

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 198; Meyer-Allfeld S. 267.

[2]) Ebenso v. Liszt a. a. O. u. Meyer-Allfeld a. a. O.

[3]) Meyer-Allfeld S. 657.

[4]) v. Liszt, Lehrb. S. 198; Meyer-Allfeld S. 267; Olshausen Nr. 9b zu § 164 S. 628.

[5]) v. Liszt, Lehrb. S. 607; Meyer-Allfeld S. 661 Anm. 9; Olshausen Nr. 9b zu § 164 S. 629.

Soweit die Begehung der Handlung als solche in Betracht kommt, hat die Strafbarkeitsbedingung irgend einen Einfluß nicht.[1]) Bei der tatbestandsfremden Natur der Bedingung versteht sich das von selbst. Delikt ist die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung. Darum ist die Vollendung des Delikts mit der Vollendung der tatbestandlichen Handlung gegeben und nicht erst mit dem Eintritt der Strafbarkeitsbedingung. Auch die Zeit und der Ort der Begehung ist immer die Zeit und der Ort der Handlung, nicht des Eintritts der Bedingung. Die Verjährung beginnt nicht erst mit dem Bedingungseintritt, sondern mit der Handlungsvollendung.

Der Versuch ist bei den mit äußeren Bedingungen der Strafbarkeit versehenen Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs nicht strafbar. Seine Strafbarkeit müßte aber von der Bedingung ebenso abhängig sein wie die des vollendeten Delikts.

Für das Prozeßrecht ergeben sich aus der Natur der Strafbarkeitsbedingung als anspruchserzeugenden Umstandes als die wichtigsten Folgerungen diese:

Die Frage nach dem Vorliegen der Strafbarkeitsbedingung gehört zur Schuldfrage.[2]) Denn die Schuldfrage ist die Frage nach dem Bestehen des staatlichen Strafanspruchs. Der Strafanspruch entsteht aber nicht allein durch die tatbestandmäßige rechtswidrige und schuldhafte Handlung, sondern erst mit dem Hinzutritt des Umstandes, der die Strafdrohungsanwendung bedingt. Die Feststellung des Vorliegens der Strafbarkeitsbedingung bedarf Zweidrittelmajorität.

Die andere prozeßrechtliche Folge ist die: Ist die Bedingung der Handlung zeitlich vorausgegangen oder gleichzeitig mit dieser eingetreten, dann wird im Prozeß über einen bereits vorhandenen Strafanspruch entschieden. Bei einer nachfolgenden Bedingung kann es aber vorkommen, daß sie zur Zeit des Prozesses noch nicht eingetreten ist; denn da die Bedingung der Strafbarkeit keine Prozeßvoraussetzung ist, hindert sie das Zustandekommen des Prozesses nicht. Ist aber der Eintritt der Bedingung zur Zeit des Prozesses noch nicht erfolgt, so muß die Frage nach dem Bestehen eines

[1]) v. Liszt, Lehrb. S. 198; Meyer-Allfeld S. 267.
[2]) Beling, Verbrechen S. 90; v. Liszt, Lehrb. S. 198.

Strafanspruchs verneint und der Täter als nicht schuldig freigesprochen werden. Soll dann, wenn nachträglich die Bedingung eintritt, einem erneuten Prozeß das Ne bis in idem entgegenstehen? Beling verneint diese Frage mit Recht.[1]) Es wurde ja in dem ersten Verfahren nicht festgestellt, daß überhaupt kein Strafanspruch bestehe, sondern nur, daß zur Zeit ein solcher nicht bestehe. „Die Freisprechung steht doch nur einer Abweisung der Klage zur Zeit gleich. Die Rechtskraft kann also nicht soweit reichen, daß aus ihr eine Freisprechung für immer resultiert. Somit kann — ohne Wiederaufnahmeverfahren — das Verfahren erneuert werden und in dem neuen Verfahren die der Gerechtigkeit entsprechende Verurteilung nachgeholt werden."[1])

[1]) Beling, Verbrechen S. 69 u. 70.

Zweiter Teil.

Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit nach dem Vorentwurf.

§ 9. Allgemeines.

Der Vorentwurf hat die äußere Bedingung der Strafbarkeit mit in seine Vorschläge übernommen, gleichzeitig aber auch die Unklarheit, die im geltenden Recht über ihr Wesen herrscht. Die Begründung gebraucht für die Erscheinung, daß nur beim Vorhandensein eines besonderen Umstandes, beim Vorliegen einer positiven Voraussetzung Strafe eintreten soll, bald den Ausdruck Bedingung der Strafbarkeit (so bei der Verbürgung der Gegenseitigkeit als Voraussetzung der Strafbarkeit hochverräterischer Handlungen gegen ausländische Staaten § 123 VE.[1]) und bei der Voraussetzung der Strafbarkeit des neu eingeführten Deliktes der falschen uneidlichen Aussage, daß der falsch Aussagende von der Behörde auf die Strafbarkeit falscher uneidlicher Aussagen hingewiesen worden sein muß § 168 EV.,[2]) bald identifiziert sie die Voraussetzung der Strafverfolgung mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit (so wird die Auflösung der Ehe beim Ehebetrug § 178 VE. und die Ehescheidung beim Ehebruch § 180 VE. als objektive Bedingung [Voraussetzung] der Strafbarkeit bezeichnet).[3])

In den Fällen aber, die nach der vorausgehenden Darstellung der äußeren Bedingung der Strafbarkeit im Strafgesetzbuch allein als solche angesehen wurden, beim Zweikampf, Raufhandel und der Nichtanzeige des Verbrechens kennt der Vorentwurf noch die

[1]) Begr. S. 463.
[2]) Begr. S. 547.
[3]) Begr. S. 581 Anm. 3.

Umstände, die zur Bestrafung vorausgesetzt werden,[1]) die Begründung bezeichnet aber nur die äußere Bedingung der Strafbarkeit des § 174 VE. als objektive Voraussetzung der Strafbarkeit,[2]) während sie sich in den beiden übrigen Fällen über die Bedingung nicht äußert. Und doch läßt sich behaupten, daß gegenüber dem geltenden Strafgesetzbuch eine Änderung im Wesen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit nicht eingetreten ist, mögen auch die Tatbestände, zu denen sie hinzutritt, eine Änderung erlitten haben. Noch ist auch im Vorentwurf die Bedingung der Strafbarkeit „ein nicht zum Tatbestand gehöriger, als Erfolg von dessen Verwirklichung denkbarer, in ein Strafgesetz aufgenommener Umstand, mit dessen jederzeit möglichem Eintritt dem Staat das Recht entsteht, die in diesem Strafgesetz auf die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung angedrohte Strafe zur Anwendung zu bringen."

Für die Tatsache, daß die Eheauflösung beim Ehebetrug und die Ehescheidung beim Ehebruch auch im Vorentwurf Prozeßvoraussetzungen geblieben sind, soll nur erwähnt werden, daß die Begründung erklärt, diese Umstände seien wie bisher Voraussetzung der Strafverfolgung,[3]) daß darin also eine Änderung nicht beabsichtigt ist. Für die Richtigkeit der Auffassung dieser Voraussetzungen als Prozeßvoraussetzungen erschien aber schon in der Darstellung der Strafbarkeitsbedingungen des geltenden Rechts ein Beweis nicht mehr nötig.[4]) Dagegen soll sich die folgende Darstellung in Kürze damit beschäftigen, zunächst nachzuweisen, daß die von der Begründung des Vorentwurfs als Bedingungen der Strafbarkeit bezeichneten Voraussetzungen der Bestrafung feindlicher Handlungen gegen befreundete Staaten und der falschen uneidlichen Aussage sowie auch die wahrscheinlich wieder als Strafbarkeitsbedingung vielfach geltende Voraussetzung ausländischer Strafbarkeit in § 5 Ziff. 2a VE. äußere Bedingungen der Strafbarkeit nicht sind,[5]) daß dagegen das Wesen der genannten Bedingung ohne Veränderung in den Vorentwurf übergegangen ist.

[1]) Über die Zweifelhaftigkeit der Strafbarkeitsbedingung bei der Aufreizung zum Zweikampf siehe unten § 11, I.

[2]) Begr. S. 574.

[3]) Begr. S. 581.

[4]) Siehe oben S. 6 Anm. 1.

[5]) Die Nichterweislichkeit der behaupteten ehrenrührigen Tatsache kann nicht mehr als solche in Betracht kommen. Siehe darüber unten § 10, IV.

§ 10. Scheinbare äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Vorentwurf.

I. Die Strafbarkeit des Inländers, der im Ausland eine nach den Gesetzen des Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehende Handlung begangen hat, ist nach § 4 Ziff. 1 VE. nicht mehr von der Strafbarkeit der Handlung nach der lex loci abhängig gemacht; denn es wurde als Grundsatz neu aufgestellt, daß dem Inländer das Strafrecht seiner Heimat ins Ausland folge.[1]) Lediglich wenn der Täter ein Neubürger ist, d. h. wenn er erst nach Begehung der strafbaren Handlung Deutscher geworden ist, hält der § 5 VE. die Voraussetzung aufrecht, daß ein von ihm im Auslande begangenes Verbrechen oder Vergehen (die im § 4 Nr. 2 bezeichneten ausgenommen) nur bestraft werden könne, wenn die Handlung durch die Gesetze des Auslands mit Strafe bedroht ist. Die Strafbarkeit des Neubürgers ist damit in derselben Weise von der Strafbarkeit am Begehungsort abhängig gemacht wie die inländische Strafbarkeit des Inländers in § 4 Nr. 3 StGB. An dem Wesen dieser Voraussetzung hat sich gar nichts geändert und dieselben Gründe, die dazu geführt haben, in ihr eine Bedingung der Strafbarkeit im geltenden Recht nicht anzuerkennen, sprechen auch für den Vorentwurf gegen deren Annahme. Der Inhalt der Voraussetzung ist auch hier ausländische Strafbarkeit des Täters und daher ergibt sich auch hier die tatbestandfremde Natur der Voraussetzung; die Strafbarkeit nach ausländischem Recht muß auch hier zur Zeit der Handlung und zur Zeit der Aburteilung gegeben sein und es folgt daraus, daß auch für den Vorentwurf das Fehlen eines ausländischen Strafanspruchs die Entstehung des deutschen Strafanspruchs hindert, daß das Nichtvorhandensein der Voraussetzung einen sachlichen Strafausschließungsgrund darstellt. Auch der Vorentwurf enthält die Bestimmung, daß für den Neubürger das Gesetz des ausländischen Begehungsortes, wenn es für ihn günstiger ist, Anwendung finden soll. Wenn in diesem Falle auch im Inland gestraft wird, so kommt doch das ausländische Gesetz zur Anwendung und die Bedingung für die Strafbarkeit nach fremdem Recht ist in diesem Falle das Vorhandensein eines inländischen Strafanspruchs.

---

[1]) Begr. S. 11.

II. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit ist im Vorentwurf als Voraussetzung der Bestrafung von hochverräterischen Handlungen gegen einen ausländischen Staat und von Tätlichkeiten oder Beleidigungen gegen dessen Oberhaupt beibehalten worden. Aber diese Voraussetzung ist nicht Bedingung der Strafbarkeit, wie sie die Begründung zu Unrecht bezeichnet. Die Tatbestände von §§ 102 und 103 StGB. haben in dem § 103 VE. wohl Änderung erlitten, aber der Gedanke, der dazu geführt hatte, im Strafgesetzbuch nur denjenigen Staaten Schutz durch Bestrafung gegen sie verübter feindlicher Handlungen zu gewähren, die im umgekehrten Fall dem Reiche ebenfalls Schutz gewähren, hat zur unveränderten Übernahme der Voraussetzung der Verbürgung der Gegenseitigkeit geführt. Auf die Ausführung im § 2 dieser Darstellung kann daher vollständig verwiesen werden. § 123 VE. ist demnach ein Blankettstrafgesetz und findet seine Ergänzung in dem Rechte des ausländischen Staates, der hochverräterische Handlungen, wenn sie gegen das deutsche Reich gerichtet sind, mit Strafe belegt. Die Verübung gegen den die Gegenseitigkeit verbürgenden Staat und damit dieser Staat sind Merkmale des vollkommenen Tatbestandes, bei der Verübung gegen einen andern Staat fehlt es an einer tatbestandlichen Handlung.

III. Neu eingeführt ist in den Vorentwurf der Tatbestand der falschen uneidlichen Aussage (§ 168). Die Bestrafung dessen, der vor einer zur eidlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen zuständigen Behörde als Zeuge oder Sachverständiger uneidlich vernommen, wissentlich oder fahrlässig falsch aussagt, ist aber von der Tatsache abhängig gemacht, daß der falsch Aussagende von der Behörde auf die Strafbarkeit falscher uneidlicher Aussagen hingewiesen worden ist. Dem Einfügen des Erfordernisses der vorherigen Belehrung über die Folgen der Verletzung der Wahrheitspflicht kann eine Berechtigung bei der Neueinführung des Tatbestandes der falschen uneidlichen Aussage nicht abgesprochen werden. Einer Bezeichnung der erwähnten Voraussetzung als Bedingung der Strafbarkeit[1]) kann aber nicht beigepflichtet werden. In Wirklichkeit ist damit ein Strafausschließungsgrund für den neuen Tatbestand geschaffen worden. Es wird eine besondere äußerliche Beziehung des Zeugen oder Sachverständigen

[1]) Begr. S. 547.

zu seiner Verpflichtung auch unbeeidigt die Wahrheit zu sagen durch die Belehrung über diese Pflicht geschaffen und diese Beziehung hat der Entwurf zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht und will keinen Strafanspruch entstehen lassen, wenn es von der Behörde versäumt wurde, diese äußerliche Beziehung herzustellen. Als Unterscheidungsmerkmal zwischen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit und dem Strafausschließungsgrund wurde wiederholt der Umstand angeführt, daß die Strafbarkeitsbedingung jederzeit eintreten kann, vor, während und nach der Handlung, der Strafausschließungsgrund dagegen, um wirksam zu sein, zur Zeit der Handlung bereits vorliegen muß. Diese Unterscheidung ist auch für die Begriffsbestimmung der Strafvoraussetzung des § 168 VE. ausschlaggebend. Ein Strafanspruch wegen falscher uneidlicher Aussage kann doch nur entstehen, wenn die Belehrung über die Wahrheitspflicht der Aussage vorausgegangen ist. Hat der Zeuge die falsche Aussage beendigt und es fiele jetzt erst der Behörde ein, daß sie die Belehrung versäumt, dann könnte deren Nachholung nicht mehr anspruchserzeugender Natur sein. Ebensowenig kann ein Sachverständiger oder Zeuge wegen eines falschen Teils seiner Aussage nach § 168 bestraft werden, wenn die Behörde ihn erst nach diesem Teil, vielleicht gerade mit Rücksicht auf die ihr auffallende Unwahrheit, belehrt und er seine Aussage darauf in wahrheitsgetreuer Weise fortsetzt. Die Belehrung über die Wahrheitspflicht als Strafbarkeitsbedingung aufgefaßt, käme dann noch rechtzeitig, wenn sie in dem Prozeß wegen der falschen uneidlichen Aussage erfolgen würde.[1]) Der § 168 VE. ist insofern nicht uninteressant, als sein Tatbestand außer dem Strafausschließungsgrund der versäumten Belehrung in § 169 noch einen Strafaufhebungsgrund in dem freiwilligen Widerruf erhalten hat, so daß bei diesem Vergehen der Strafanspruch von vorneherein ausgeschlossen oder nachträglich aufgehoben sein kann.

IV. Die Zahl der zu Unrecht als Strafbarkeitsbedingungen in Betracht kommen könnenden Strafbarkeitsvoraussetzungen des Vorentwurfs ist mit den genannten erschöpft. Denn der Streit, ob die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache eine äußere Bedingung der Strafbarkeit für die üble Nachrede darstelle oder nicht,

[1]) Um dieser Folgerung zu begegnen, lautet die Fassung vorsichtigerweise: obwohl er .... hingewiesen worden ist.

ist vom Vorentwurf endgültig für seine Vorschläge aus der Welt geschafft worden. Die Neuregelung der Ehrverletzung hat die üble Nachrede als selbständiges Vergehen beseitigt und sie zu einem Unterfall der Beleidigung des § 259 gemacht. Dem Täter ist für die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen Straflosigkeit zugesichert, wenn die Tatsache wahr und sich nicht aus der Form oder den Umständen, unter denen die Äußerung geschah, ergibt, daß er in der Absicht der Beleidigung gehandelt hat (§ 260). Die Begründung führt aus,[1]) daß der Richter im § 260 die Weisung erhalte den Täter straflos zu lassen, wenn die Tatsache wahr ist und daß damit ein auf diesen Fall berechneter besonderer Strafausschließungsgrund gegeben sei. Der Vorentwurf stellt sich also bezüglich des Wahrheitsbeweises auf den Standpunkt, der schon für das geltende Recht mehrfach vertreten worden ist. Er hat es an sich selbst erprobt, daß es notwendig ist im Gelingen des Wahrheitsbeweises einen Strafausschließungsgrund zu betonen und bezüglich der Frage der Rechtswidrigkeit der Behauptung wahrer ehrenrühriger Tatsachen keine Unklarheit aufkommen zu lassen: er schließt den Wahrheitsbeweis in viel größerem Umfang aus als das geltende Recht. Auch da, wo die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist und lediglich Verhältnisse des Privatlebens betrifft, die das öffentliche Interesse nicht berühren, ist die Zulassung des Wahrheitsbeweises verboten. Würde der Wahrheitsbeweis die Rechtswidrigkeit ausschließen, so würde der Vorentwurf bei den zahlreichen Fällen der Unzulässigkeit des Wahrheitsbeweises nicht rechtswidrige Handlungen in großer Menge unter Strafe stellen. Die Streichung des im geltenden Rechte scheinbar ein Tatbestandsmerkmal bildenden, gänzlich überflüssigen „Nicht erweislich wahr" ist der Klarstellung des Wahrheitsbeweises als Strafausschließungsgrund nur förderlich gewesen.

§ 11. Äußere Bedingungen der Strafbarkeit im Vorentwurf.

I. In § 9 wurde aufgestellt, daß der Vorentwurf das Wesen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit noch ebenso unverändert übernommen habe, wie es sich im Strafgesetzbuch finde. Es kann aber Zweifel darüber bestehen, ob er alle Bedingungen der Straf-

[1]) Begr. S. 707.

barkeit übernommen habe, die das Strafgesetzbuch kennt; es kann nämlich bezweifelt werden, ob das Stattfinden des Zweikampfs im § 226 Abs. 2 Strafbarkeitsbedingung der Aufreizung zum Zweikampf ist. Der Vorentwurf beseitigt die nicht zu billigende Beschränkung der Strafbarkeit der Aufreizung nur auf die Fälle, wo es zum Zweikampf kommt, indem er die Aufreizung auch für den Fall, daß es nicht zum Zweikampf kommt, mit einer, selbstverständlich milderen, Strafdrohung ausstattet. Dieser milderen Strafdrohung unterliegt auch diejenige Aufreizung, der wohl ein Zweikampf nachgefolgt ist, aber einer, der unter Vorkehrungen gegen Lebensgefahr stattgefunden hat. § 226 Abs. 2 VE. bestimmt dagegen, daß, wenn auf die Aufreizung ein Zweikampf ohne Vorkehrungen gegen Lebensgefahr stattgefunden hat, die Strafe der Aufreizung dem Maß und auch der Art nach erhöht werden kann. Diese Bestimmung ist es, die Zweifel darüber bestehen läßt, ob die erhöhte Strafe auch diejenige Aufreizung trifft, die nachweislich auf das Zustandekommen des Duells ohne Einfluß war, oder ob die Straferhöhung nur für die mittelst Aufreizung verübte Anstiftung und intellektuelle Beihilfe gilt. Scheidet der Teilnahmeversuch aus dem Anwendungsgebiet des § 226 Abs. 2 aus, dann beschränkt sich dieses auf die durch Aufreizung verübte Teilnahme und das Zustandekommen des Zweikampfs ist nichts weiter als eine selbstverständliche Bedingung der Strafbarkeit der auch im Vorentwurf akzessorischen Teilnahme; unterliegt aber auch die fehlgeschlagene Aufreizung der erhöhten Strafe, dann ist das Stattfinden des Zweikampfs äußere Bedingung der Strafbarkeit.[1])

Gegen die äußere Bedingung der Strafbarkeit spricht zunächst die Begründung, die besagt, daß der Vorentwurf die Bedingung der Strafbarkeit hier beseitige.[2]) Eine Verneinung der Strafbarkeitsbedingung entspräche aber auch dem Geiste des Vorentwurfs, besonders der Stellung, die er zum Erfolg der strafbaren Handlung einnimmt. Enthält der § 226 Abs. 2 nur die Verselbständigung der Anstiftung und Beihilfe, so ist die Strafbestimmung zu billigen; denn sie trifft dann die erfolgreiche Mitwirkung zu einem Zweikampf durch Aufreizung in richtiger Weise und die Möglichkeit der Idealkonkurrenz hilft noch zu einem Ausgleich mit. Die erfolglos

[1]) Siehe oben § 5 S. 33.

[2]) Begr. S. 657.

gebliebene als Teilnahmeversuch aufzufassende Aufreizung zu einem vollzogenen Zweikampf wird dann der Aufreizung zu einem nicht vollzogenen Zweikampf in der Einschätzung ihrer strafrechtlichen Bedeutung gleichgestellt. Damit wäre dann bei gleichem Verschulden eine Abmessung der Strafbarkeit nach dem Erfolg durchgeführt, die verlangt, daß versuchte Teilnahme an einer begangenen strafbaren Handlung nicht strafwürdiger erscheint als versuchte Teilnahme, die sich wegen Fehlens der Haupttat als solche darstellt, und die vor allem verlangt, daß versuchte Teilnahme an einem Zweikampf ohne Vorkehrungen gegen Lebensgefahr nicht strafwürdiger erscheint als gelungene Teilnahme an einem Zweikampf, wenn auch mit diesen Vorkehrungen. Der Vorentwurf hat sich auf den fortschrittlichen Standpunkt gestellt, daß ein bestimmter Erfolg einer strafbaren Handlung eine eigens dafür aufgestellte höhere Strafdrohung nur in Anwendung setzen soll, wenn sich auf den Erfolg auch ein Verschulden erstreckt hat (§ 62). Soll ein Umstand eine über die Strafe des einfachen Delikts hinausgehende Strafe herbeiführen können, wenn er nicht einmal der Erfolg des Delikts ist? Auch die Schwierigkeit des Beweises, daß eine Aufreizung zum Stattfinden des Zweikampfs mitgewirkt hat, darf nicht das Aufgeben dieses Standpunkts bewirken, zumal für die Befürchtung, eine nicht klar zu stellende Teilnahme nicht genügend treffen zu können, um so weniger Anlaß besteht, als es möglich ist im Zweifelfalle die Aufreizung mit der Höchststrafe des einfachen Aufreizungsvergehens, mit einer Haftstrafe von 6 Monaten zu belegen, also mit einer für ein Polizeidelikt immerhin beträchtlichen Strafe.

Die Richtigkeit der Annahme, der § 226 Abs. 2 wolle in seiner Anwendung auf die Teilnahme am Zweikampf durch Aufreizung beschränkt sein, ist aber nicht unzweifelhaft; es hat den Anschein, als ob das Stattfinden des Zweikampfs auch im Vorentwurf die — allerdings erhöhte — Strafe auch für die nicht kausale Aufreizung bedinge und daß nicht die Bedingung der Strafbarkeit, sondern nur ihre einengende Wirkung beseitigt sein soll. Nicht nur die Fassung des § 226 Abs. 2 VE., die der des § 210 StGB. entspricht, läßt auf die Bedingung der Strafbarkeit schließen, sondern auch die Erwägung, daß die Aufstellung des Abs. 2 bei der Möglichkeit des Eingreifens der Teilnahmebestimmungen für den Vorentwurf fast überflüssig wäre. Will aber der Vorentwurf so

verstanden sein, daß § 226 Abs. 2 eine Strafbarkeitsbedingung enthalte, so muß auf deren Eigenart hingewiesen werden. Alle bisher besprochenen äußeren Bedingungen der Strafbarkeit bewirken, daß die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung überhaupt erst eine strafbare Handlung wird, ihr Nichteintritt hindert die Entstehung eines Strafanspruchs überhaupt. Diese äußere Bedingung sollte nur den Eintritt einer höheren Bestrafung bewirken, ihr Fehlen steht einer Bestrafung nach § 226 Abs. 1 nicht im Wege. Das Stattfinden des Zweikampfs wäre gleichsam eine äußere Bedingung einer Strafbarkeit zweiten Grades.

Im geltenden Rechte wird eine äußere Bedingung der Strafbarkeit zweiten Grades vielfach in den §§ 87 und 154 Abs. 2 erblickt,[1]) freilich zu Unrecht; denn man muß kausale Beziehung zwischen Handlung und Erfolg als Voraussetzung der erhöhten Strafbarkeit verlangen;[2]) weil die Fassung dieser Bestimmungen zu Zweifeln Anlaß gegeben haben, hat der Vorentwurf diese erschwerenden Umstände als Strafschärfungsgründe nicht beibehalten.[3]) Dafür hat er aber das nicht minder zu Zweifeln Anlaß gebende Gegenstück in § 226 Abs. 2 neu geschaffen.

II. Die Verursachung von Tod und schwerer Körperverletzung eines Menschen ist als Bedingung der Strafbarkeit des Raufhandelsvergehens in den § 231 VE. unverändert übernommen worden. Da der Entwurf den § 227 Abs. 1 StGB. ohne Änderung beibehalten hat, wird auch zur Bestrafung nach § 231 VE. die Verursachung der schweren Erfolge durch den Raufhandel, also Kausalzusammenhang zwischen der Raufhandelseinheit und Tod oder schwerer Körperverletzung vorausgesetzt und nicht der Nachweis der Kausalität des einzelnen Beteiligten für den strafbegründenden Erfolg. Auch hier ist die Bemerkung Belings[4]) über den § 227 StGB., daß die unverschuldeten Erfolge als Strafdrohungsbedingungen Reste einer überwundenen Auffassung seien, als nicht die Sache vollständig treffend zu bezeichnen; denn es kann ja der Vergehensstrafe nach § 227 StGB. und § 231 VE. auch derjenige Raufhandelsteilnehmer verfallen, der nachweislich nicht zum Erfolg

[1]) Vgl. hiezu Olshausen Nr. 5 zu § 87 S. 389.
[2]) Siehe oben S. 54.
[3]) Begr. S. 431.
[4]) Beling, Verbrechen S. 65 Anm. 3.

beigetragen hat und es liegt dann die Haftung des einen Beteiligten für den selbstverständlich von ihm nicht verschuldeten Erfolg eines andern vor.

Die Bedingung für die Strafbarkeit des Raufhandels, daß durch ihn der Tod oder die schwere Körperverletzung eines Menschen verursacht sein muß, ist der Aufnahme des Raufhandels in den den Verbrechen und Vergehen gewidmeten Teil des Entwurfs förderlich gewesen. Der Entwurf ist bestrebt Gefährdungsdelikte zu Verbrechen und Vergehen nur dann noch zu machen, wenn auch wirklich konkrete Gefahr für ein Rechtsgut vorhanden ist; die ernste und naheliegende Besorgnis eines Schadens muß gegeben sein.[1]) Der Inhalt der Strafbarkeitsbedingung beim Raufhandel ist das beste Erkenntnismittel, daß für das Leben konkrete Gefahr vorhanden gewesen ist. Denn wo ein Raufhandel zum Tode oder einer schweren Körperverletzung geführt hat, da ist über die Gefährlichkeit dieses Raufhandels kein Zweifel mehr möglich.

Das Bestreben des Vorentwurfs nach Beseitigung des polizeilichen Unrechts aus den Verbrechen und Vergehen ist aber kein Grund zur Verhinderung der Ausgestaltung der einfachen Raufhandelsbeteiligung als Übertretungstatbestand. Ein Verbot der Beteiligung am Raufhandel überhaupt, gleichviel ob mit Waffen oder gefährlichen Werkzeugen oder ohne solche, würde nicht nur den Vorzug vor der doppelten Gestaltung der Schlägerei als qualifizierte in § 306 Z. 9 VE. und als belästigende in § 306 Z. 11, verdienen, sondern auch die Möglichkeit gewähren durch Annahme der widerlegbaren Ursachenpräsumtion für den § 231 VE. ungerechte Bestrafungen in größerem Umfang zu verhindern.

III. Die Nichtanzeige von Verbrechen hat ebenfalls im Vorentwurf (§ 174) ihre äußere Bedingung der Strafbarkeit behalten. Die Gründe, die sie im geltenden Recht empfohlen haben, mußten auch für den Vorentwurf für ihre Beibehaltung bestimmend sein: einerseits die sich durch sie ergebende Einengung der Bestrafungen, andererseits die Möglichkeit die Unterlassung der Anzeige in den verschiedenen juristischen Erscheinungsformen bis zur speziellen negativen Beihilfe zu treffen.

Der Tatbestand der Anzeigeunterlassung ist allerdings geändert worden, für die Strafbarkeitsbedingung ergibt sich aber aus der

[1]) Begr. S. 600.

Tatbestandsänderung mit Sicherheit die nach dem geltenden Recht nicht unbestrittene Tatsache, daß sie zeitlich der Unterlassung der Verbrechensanzeige vorausgehen kann, denn der § 174 VE. bestimmt, daß die Anzeigepflicht auch für den besteht, der zwar nach beendigtem Versuch, aber vor Eintritt des Erfolgs, Kenntnis vom Verbrechen erlangt.

Die Strafbarkeitsbedingung hat im Vorentwurf den ihr im geltenden Rechte anhaftenden Mangel verloren, daß sie die Anzeigeunterlassung gegenüber dem Verbrechensvorhaben eines Geisteskranken straflos macht. Die Unzurechnungsfähigkeit ist nicht mehr mit der Wirkung eines Schuldausschließungsgrundes ausgestattet, sondern nur noch mit der eines Strafausschließungsgrundes.[1]) Diese Änderung hat nicht bloß Bedeutung für Teilnahme und Notwehr, sondern überall macht der Mangel der Zurechnungsfähigkeit die Handlung zu einer „straflosen strafbaren Handlung" = zu einer für den betreffenden Täter straflosen, aber an sich strafbaren (also Verbrechenscharakter tragenden) Handlung.[2]) Den Inhalt der Strafbarkeitsbedingung bildet daher nicht bloß die wirklich strafbare Verbrechensbegehung oder der wirklich strafbare Versuch, sondern auch diejenige Handlung, die eine strafbare wäre, wenn nicht ein Geisteskranker der Täter wäre.[3]) Durch die Möglichkeit, die Unterlassung der Anzeige gegenüber dem Verbrechensplan und der Verbrechensausführung eines Geisteskranken ebenfalls zu belangen, ist die Bedingung der Strafbarkeit in § 174 VE. das Ideal einer Strafbarkeitsbedingung geworden.

Wie im geltenden Recht kann die Tatbestandsverwirklichung zum Inhalt der Strafbarkeitsbedingung, zur Verbrechensbegehung, beitragen, braucht es aber nicht; § 174 VE. trägt denselben polizeilichen Charakter wie § 139 StGB.: die Verbrechensanzeige wird als solche verlangt mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit ihrer Unterlassung und ist als solche strafbar, auch wenn sie einmal der Verbrechensbegehung nicht förderlich gewesen ist. Unter ein und dieselbe Strafdrohung fällt die erfolglose und die erfolgreiche Anzeigeunterlassung. Wurde früher verlangt, die Strafzumessung müsse beide Fälle in gerechter Weise unterscheiden, so kann als

[1]) Begr. S. 224.
[2]) Beling, Verbrechen S. 83.
[3]) Begr. S. 573 Anm. 3.

Richtschnur sogar der § 62 VE. hier herangezogen werden: Läßt sich feststellen, daß die Anzeigeunterlassung zum Zustandekommen der Verbrechensausführung beigetragen hat, so verdient die härteste Strafe, wer mit der Anzeigeunterlassung eine Verbrechensförderung beabsichtigt hat; eine weniger harte Strafe, wer die Anzeige vorsätzlich unterließ, die Förderung des Verbrechens nicht gewollt, aber als möglich hätte voraussehen können; die mildeste Strafe aber der, der die Förderung durch seine vorsätzliche Unterlassung nicht einmal voraussehen konnte.

§ 12. Der Vorentwurf und die äußere Bedingung der Strafbarkeit.

I. Die äußeren Bedingungen der Strafbarkeit sind, abgesehen von dem zweifelhaften Fall des § 226, in den §§ 231 und 174 in den Vorentwurf übernommen worden, wie sie im geltenden Recht vorkommen und mit denselben Tatbeständen. An der für das Strafgesetzbuch gegebenen Definition ist eine Änderung nicht nötig geworden. Aber das Vorkommen der äußeren Bedingung der Strafbarkeit im Vorentwurf ist weit interessanter als ihr Vorkommen im geltenden Recht. Im Strafgesetzbuch finden sich zahlreiche Überreste der alten Erfolgshaftung in den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit.[1]) Ist ein bestimmtes Ereignis eingetreten, dann tritt erhöhte Strafe ein, auch wenn ein Verschulden sich darauf nicht erstreckt hat, es genügt allein die Tatsache, daß das Ereignis von der tatbestandlichen Handlung oder Unterlassung verursacht worden ist. Die Überreste der alten Erfolgshaftung finden sich im Strafgesetzbuch aber auch in den äußeren Bedingungen der Strafbarkeit. Auch bei ihnen ist es möglich, daß der ihren Inhalt bildende Erfolg auf die Tatbestandsverwirklichung zurückzuführen ist und, ohne Rücksicht ob sich darauf ein Verschulden erstreckt hat, zur Strafe führt. Der Vorentwurf hat die Erfolgshaftung mit der Abschaffung der objektiven Bedingung der erhöhten Strafbarkeit beseitigt, aber eben nur so weit sie in dieser Bedingung steckte. Im Prinzip läßt er nur noch für denjenigen bestimmten Erfolg haften, der vom Verschulden mitumfaßt ist. „Wo das Gesetz für den Fall, daß eine strafbare Handlung einen bestimmten, nicht gewollten Erfolg herbeiführt, eine höhere Strafe androht, tritt, so weit nicht

[1]) Siehe oben S. 55 ff.

ein anderes bestimmt ist, diese Strafe nur dann ein, wenn der Täter die Möglichkeit eines solchen Erfolges voraussehen konnte." (§ 62.) Damit ist der Grundsatz aufgestellt, daß Fahrlässigkeit auch in Bezug auf den bestimmten Erfolg einer schon an sich strafbaren Handlung verlangt wird. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz enthält im Vorentwurf demnach die Haftung für denjenigen bestimmten Erfolg, der in der äußeren Bedingung der Strafbarkeit enthalten sein kann. Ohne Rücksicht auf Verschulden tritt die Bestrafung des Täters für die Tatbestandsverwirklichung ein, so bald nur die Strafbarkeitsbedingung eingetreten ist; und die Strafe muß für den Fall, daß die Bedingung sich als den Erfolg der Handlung nachweisen läßt, höher sein, als wenn es sich um einen reinen Ungehorsam ohne Erfolg handelt. Wohl kann es für die Bestrafung bedeutende Unterschiede machen, ob sich auf den Erfolg ein Verschulden und welche Art der Schuld sich darauf miterstreckt hat,[1]) aber auch der vom Verschulden nicht umfaßte Erfolg unterliegt gegenüber der einfachen Tatbestandsverwirklichung einer erhöhten Strafe. Die Strafbarkeitsbedingungen können so noch der alleinige Überrest der alten Erfolgshaftung im Vorentwurf sein.

II. An den im § 8III aus dem Wesen der Strafbarkeitsbedingungen hergeleiteten Konsequenzen hat sich sachlich nichts geändert. Für die an die Stelle der persönlichen Begünstigung getretene Strafvereitlung (§ 172) gilt das für die Begünstigung dort Angeführte.[2]) Der Vorsatz der Strafvereitlung besteht auch hier zum Teil in der Kenntnis der Handlung und in der Vorstellung, es sei nicht unwahrscheinlich, daß der Eintritt der Bedingung noch erfolge und damit die Handlung des Vortäters nachträglich noch strafbar werde.

III. Für den Fall, daß die äußere Bedingung der Strafbarkeit der Tatbestandsverwirklichung nachfolge und ihr Eintritt zur Zeit des Prozesses noch nicht erfolgt sei, wurde angenommen, daß die Feststellung geschehen müsse, es besteht zur Zeit ein Strafanspruch nicht und daß die daraufhin erfolgende Abweisung der Klage zur Zeit einem nochmaligen Verfahren nicht im Wege stehe.[3]) Zu

[1]) Siehe oben S. 80.
[2]) Siehe oben S. 66.
[3]) Siehe oben S. 68.

dieser Erscheinung hat der Vorentwurf ein ebenso merkwürdiges Gegenstück geschaffen in einem Strafaufhebungsgrund, der dem geltenden Rechte fremd ist. Von allen Strafaufhebungsgründen des Reichsstrafgesetzbuchs läßt sich behaupten, daß sie zur Zeit des Prozesses bereits vorliegen müssen; der Zeitpunkt ihres Eintritts ist teils in die unmittelbarste Nähe, teils aber in nur geringe Entfernung vom Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung gerückt, so daß vor Beginn des Verfahrens wegen der fraglichen Handlung der Strafanspruch schon fortgefallen ist. Der Vorentwurf hat für die Verführung (§ 248) einen Strafaufhebungsgrund geschaffen: Die Eheschließung zwischen dem Verführer und der von ihm Verführten. Von diesem strafanspruchtilgenden Ereignis sagt die Begründung:[1]) Die Eheschließung wirkt strafbefreiend, solange noch eine Entscheidung in der Tatfrage im Instanzenzug möglich ist. Damit ist die Möglichkeit gegeben, daß eine nach dem ersten verurteilenden Erkenntnis erfolgende Eheschließung die Strafbarkeit der Verführung aufhebt und daß ein zweites Urteil höherer Instanz erkennt, daß ein Strafanspruch wegen Verführung nicht mehr bestehe und der Verführer deshalb freizusprechen sei. Die Feststellung des ersten Urteils ist demnach keine andere als die, daß zurzeit ein Strafanspruch *noch* besteht. Diese Feststellung des Nochbestehens des Strafanspruchs ist das Seitenstück zu dem Erkenntnis, wie es bei einer Anklage wegen einer mit noch nicht eingetretener Strafbarkeitsbedingung versehenen Handlung möglich ist: daß zur Zeit der Strafanspruch *noch nicht* bestehe.

[1]) Begr. S. 688 Anm. 2.